السلسلة الفقهية

٢

النظريات الفقهية

تأليف

أ.د. سعد بن ناصر بن عبد العزيز أبو حبيب الشثري

دار كنوز إشبيليا
للنشر والتوزيع

السلسلة الفقهية

(٢)

النظريات الفقهية

تأليف

أ.د. سعد بن ناصر بن عبد العزيز أبو حبيب الشثري

دار كنوز إشبيليا
للنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

النَّظَرِيَّاتُ الفِقْهِيَّة

بسم الله الرحمن الرحيم

ح دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، ١٤٣٧هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

الشثري، سعد ناصر عبدالعزيز

النظريات الفقهية/سعد بن ناصر عبدالعزيز الشثري

الرياض، ١٤٣٧هـ

٢٥٨ ص ١٧×٢٤؛

ردمك: ٥-٩٠-٨١٥٥-٦٠٣-٩٧٨

١. الفقه الإسلامي - نظريات أ. العنوان

ديوي ٢٥١,٨ ١٤٣٧/٩٩٥

رقم الإيداع: ١٤٣٧/٩٩٥هـ

ردمك: ٥-٩٠-٨١٥٥-٦٠٣-٩٧٨

الطبعة الأولى

١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م

دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع

المملكة العربية السعودية ص.ب ٢٧٢٦١ الرياض ١١٤١٧

هاتف: ٤٩١٤٧٧٦ - ٤٩٦٨٩٩٤ فاكس: ٤٤٥٣٢٠٣

E-mail eshbelia@hotmail.com

مَدْخلٌ عامٌ

إِنَّ الحَمْدَ للهِ، نَحْمَدُهُ وَنَسْتَعِينُهُ وَنَسْتَغْفِرُهُ، وَنَعُوذُ بِاللهِ مِنْ شُرُورِ أَنْفُسِنَا وَسَيِّئَاتِ أَعْمَالِنَا، مَنْ يَهْدِهِ اللهُ فَلَا مُضِلَّ لَهُ، وَمَنْ يُضْلِلْ فَلَا هَادِيَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ، صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَعَلَى آلِهِ وَأَصْحَابِهِ وَأَتْبَاعِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا كثِيرًا.

أَمَّا بَعْدُ:

فَإِنَّ العُقَلَاءَ هُمُ الَّذِينَ يَسْعَوْنَ إِلَى إِصْلَاحِ أَحْوَالِهِمُ الدُّنْيَوِيَّةِ وَالأُخْرَوِيَّةِ، وَلَنْ تَسْتَقِيمَ أَحْوالُ النَّاسِ إِلَّا بالرُّجوعِ إِلَى شَرْعِ اللهِ جَلَّ وعلا؛ فَإِنَّ دِينَ اللهِ هو الذي تَحْصُلُ بِهِ سَعَادَةُ الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ، وَلِذَا قَالَ تَعَالَى: ﴿مَنْ عَمِلَ صَٰلِحًا مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهُۥ حَيَوٰةً طَيِّبَةً ۖ وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُم بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا۟ يَعْمَلُونَ﴾(١)، وقال سبحانه: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِىٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِ ۚ قُلْ هِىَ لِلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ فِى ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا خَالِصَةً يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ ۗ كَذَٰلِكَ نُفَصِّلُ ٱلْءَايَٰتِ لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾(٢)، وقال جل وعلا: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ أُو۟لَٰٓئِكَ هُمْ خَيْرُ ٱلْبَرِيَّةِ ۝٧ جَزَآؤُهُمْ عِندَ رَبِّهِمْ جَنَّٰتُ عَدْنٍ تَجْرِى مِن تَحْتِهَا ٱلْأَنْهَٰرُ خَٰلِدِينَ فِيهَآ أَبَدًا ۖ رَّضِىَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ وَرَضُوا۟ عَنْهُ ۚ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِىَ رَبَّهُۥ﴾(٣).

وَلَا يُمْكِنُ أَنْ تَحْصُلَ هَذِهِ الفَوَائِدُ وَالنِّعَمُ إِلَّا بِالرُّجُوعِ إِلَى شَرْعِ اللهِ، وَلَنْ يَحْصُلَ رُجُوعٌ إِلَى شَرْعِ اللهِ إِلَّا بِعِلْمٍ صَحِيحٍ أَصِيلٍ، مَأْخُوذٍ مِنْ كتَابِ اللهِ وَسُنَّةِ رَسُولِهِ ﷺ، وَالسَّبِيلُ المُوصلُ إِلى تَحْقيقِ تلك الغايةِ السَّامِيةِ هُوَ التَّعَلُّمُ، وَمِنْ هُنَا جَاءَتِ النُّصُوصُ

(١) سورة النحل، الآية [٩٧].

(٢) سورة الأعراف، الآية [٣٢].

(٣) سورة البينة، الآيتان [٧- ٨].

الشرعية بتَرْغِيبِ أَهْلِ الإيمانِ في تَعَلُّمِ أَحْكامَ الشريعة؛ و مِنْ ذلك قولُ النَّبِيِّ ﷺ: **(ومَنْ سَلَكَ طَرِيقًا يَلْتَمِسُ فِيهِ عِلْمًا سَهَّلَ اللهُ لَهُ بِهِ طَرِيقًا إِلَى الجَنَّةِ...)**(١).

وَكَما أَنَّ سَعَادَةَ الآخِرَةِ لَا تَحْصُلُ إِلَّا بِعِلْمٍ صَحِيحٍ، فَسَعَادَةُ الدُّنْيَا كذلك لَا تَحْصُلُ إِلَّا بِالعِلْمِ الَّذِي يُعِيدُ النَّاسَ إِلَى شَرْعِ اللهِ وَدِينِهِ؛ كَمَا قَالَ سُبْحَانَهُ: ﴿**مَنْ عَمِلَ صَٰلِحًا مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهُۥ حَيَوٰةً طَيِّبَةً**﴾(٢).

وَلَا يُمْكِنُ أَنْ يَكونَ هُنَاكَ عَمَلٌ صَالِحٌ إِلَّا بِعِلْمٍ صَحِيحٍ، وَلذلك رَفَعَ اللهُ شَأْنَ الفُقَهَاءِ الَّذِينَ يُعِيدُونَ النَّاسَ إِلَى الكتَابِ وَالسُّنَّةِ فِي جَمِيعِ أُمورِهِم، وَأَمَرَ اللهُ عَزَّ وَجَلَّ بِإِيْجَادِ طَائِفَةٍ فِي الأُمَّةِ يُفَقِّهُونَ الخَلْقَ ويهدونَهم إلى طريقِ الحَقِّ؛ فقَالَ تَعالَى: ﴿**وَمَا كَانَ ٱلْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا۟ كَآفَّةً ۚ فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا۟ فِى ٱلدِّينِ وَلِيُنذِرُوا۟ قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ**﴾(٣).

وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: **(مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ)**(٤).

---

(١) قِطعَةٌ من حديثٍ أخرجه مسلمٌ في "الصحيح" - "كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار- باب: فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر" حديث (٢٦٩٩)، من حديثِ أَبي هريرةَ رضي الله عنه.

(٢) سورة النحل، الآية [٩٧].

قال ابنُ كثيرٍ رحمه الله: «هذا وعدٌ مِن اللهِ تعالى لِمَنْ عَمِلَ صالحاً -وهو العملُ المتابعُ لكتابِ اللهِ تعالى وسنةِ نَبِيِّهِ مِنْ ذكرٍ أو أنثى مِنْ بني آدم وقلبُه مؤمنٌ باللهِ ورسولهِ، وأَنَّ هذا العمل المأمور به مشروعٌ من عندِ اللهِ - بأَنْ يُحْيِيَهُ اللهُ حياةً طيبةً في الدنيا وأَنْ يجزيَهَ بأحسنِ ما عَمِلَه في الدارِ الآخرةِ، والحياةُ الطيبةُ تشملُ وجوهَ الراحةِ من أيِّ جهةٍ كانتْ». "تفسير ابن كثير" - (٤/ ٦٠١).

(٣) سورة التوبة، الآية [١٢٢].

(٤) أخرجه البخاري في "الصحيح" - "كتاب العلم- باب: من يرد الله به خيرًا يفقهه في الدين" (٧١)، ومسلم في "الصحيح" -"كتاب الزكاة- باب: النهي عن المسألة" (١٠٣٧): من حديثِ معاويةَ بنِ أبي سفيانَ رضي الله عنهما.

وَمِمَّا يحصل بِهِ التَّفَقُّهُ في الدِّينِ: مِثْلُ هَذِهِ الدَّوْرَاتِ العِلْمِيَّةِ النافعةِ(١) والَّتِي لَهَا أَصْلٌ فِي السُّنةِ يشهدُ لها ويدُلُّ عليها، ومِنْ ذلك ما وَرَدَ فِي حَدِيثِ مَالِك بْنِ الْحُوَيْرِثِ(٢) أَنَّه قَالَ: أَتَيْنَا النَّبِيَّ ﷺ وَنَحْنُ شببه مُتَقَارِبُونَ، فَأَقَمْنَا عِنْدَهُ عشرين لَيْلَةً، وَكانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ رَحِيمًا رَقِيقًا، فَظَنَّ أَنَّا قَدِ اشْتَقْنَا إِلَى أَهْلِنَا، وَسَأَلَنَا عَمَّنْ تَرَكنَا فِي أَهْلِنَا، فَأَخْبَرْنَاهُ، فَقَالَ: (**ارْجِعُوا إِلَى أَهْلِيكمْ فَأَقِيمُوا فِيهِمْ، وَعَلِّمُوهُمْ، وَمُرُوهُمْ، وَصَلُّوا كمَا رَأَيْتُمُونِي أُصَلِّي، وَإِذَا حَضرَتِ الصَّلَاةُ فَلْيُؤَذِّنْ لكمْ أَحَدُكمْ، ثُمَّ لِيَؤُمَّكمْ أَكبَرُكمْ**)(٣).

وَلِذلك غَدَت الحاجةُ عَظِيْمَةً إِلَى التَّفَقُّهِ فِي أَحْكامِ الشريعة، وَمِنْ المعلومِ أَنَّ المقصودَ مِن الفِقْهِ: هُوَ تَطْبِيقُ أَحْكامِ الكتَابِ وَالسُّنَّةِ عَلَى حَيَاةِ النَّاسِ، وَمِنْ ذَلِك مَا سَنُعْنى بِدِرَاسَتِهِ هَذِهِ الأَيَّامِ فِي المَبَاحِثِ المسَمَّاةِ بِـ «النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ»، وهي فَنٌّ جَدِيدٌ مِنْ فنونِ العِلمِ المتَّصِلةِ بعلمِ الفقهِ طَرَأَ عَلَى النَّاسِ فِي زَمَنِنا الحاضرِ، وَيُعَدُّ بِحقٍّ مُحَاوَلَةً جَادَّةً مِنْ عُلَمَاءِ الأُمَّةِ مِنْ أَجْلِ إِظْهارِ أَحْكامِ الشريعة الغَرَّاءِ، وَمُقَارَنَةِ مَا وَرَدَ إِلَى النَّاسِ مِنْ نَظَرِيَّاتٍ حُقُوقِيَّةٍ بِتلك الأَحْكامِ الشرعية؛ لِيَظْهَرَ ما في الشريعة والفقه الإسلامي من التَّمَيُّزِ

---

(١) أَصْلُ هذا التَّصْنيفِ المباركِ دروسٌ عِلْمِيَّةٌ تفضلَ معالي الشيخِ بإِلْقَاهِا بالدورةِ العِلْمِيَّةِ الثامنَةَ عَشرَ التي عُقِدَتْ بجامعِ شيخِ الإِسلامِ ابنِ تَيْمِيَّةَ بالرياضِ.

(٢) هو: مالك بن الحويرث أبو سليمان الليثيُّ، له صحبة، قدم على النبيِّ ﷺ فأسلم وأقام عنده أياماً ثم أذن له في الرجوع إلى أهله، ونزل البصرة، روى عن: النبيِّ ﷺ، وروى عنه: سوارٌ الحرميُّ والد أنيس بن سوار، ونصر بن عاصم الليثيُّ، وأبو عطية مولى بني عقيل، وأبو قلابة الجرميُّ، وقال ابن حجرٍ: كانت وفاتُه سنة أربع وسبعين.

انظر: "إكمال الإكمال" لابن ماكولا-(٣/١٥٠)، و(٤/١٧٣)، و"تهذيب الكمال"للمزيِّ -(٢٧/١٣٢-١٣٣) و"تهذيب التهذيب" لابن حجر- (٣٢/ ١٤).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الأذان- باب الأذان للمسافر إذا كانوا جماعة (٦٣١)، ومسلم في كتاب المساجد- باب من أحق بالإمامة (٦٧٤)، من حديث مالك ابن الحويرث رضي الله عنه.

ويَتَّضِحَ حقيقة مافي تلك النَّظَرِيَّاتِ، وَلِيَعْرِفَ كل أحد أَنَّ عِنْدَ هذهِ الأُمَّةِ من علمِ الشريعة مَا يُغْنِي بَلْ يفوقُ تلك القوانين.

قال الدكتور وهبة الزحيلي: «ومن المعروف أن فقهاءنا لم يقرروا أحكام المسائل الفقهية على أساس النظريات العامة وبيان المسائل المتفرعة عنها وفق المنهاج القانوني الحديث، وإنما كانوا يتتبعون أحكام المسائل والجزئيات والفروع مع ملاحظة ما تقتضيه النظرية أو المبدأ العام الذي يهيمن على تلك الفروع، ولكن بملاحظة الفروع يمكن إدراك النظرية وأصولها»(١).

ويدرك الباحث أهمية هذه المقارنة بالنظر في كون عدد من دول المسلمين أرادت استبدال ما لديها من تحكيم للقوانين الوضعية بأحكام الشريعة الغراء أو على الأقل جعل الفقه الإسلامي مصدراً أصيلاً من مصادر القانون، كما أن كليات الحقوق أصبحت تعنى بتدريس الشريعة الإسلامية مقارنة بالنظريات القانونية، ووجدت رغبة جادة عند العديد من القانونيين لدراسة الفقه الإسلامي، ولكن رغبوا أن تكون دراستهم له على وفق الترتيب القانوني، ولذا حاولت أن أضع لبنة أولى في تقريب الفقه الإسلامي إلى المشتغلين بالقانون دراسة أو قضاء، قال الدكتور عبدالرزاق السنهوري: «هذه الشريعة لو وطئت أكنافها، وعبدت سبلها، لكان لنا مِنْ هذا التراث الجليل ما ينفخ روح الاستقلال في فقهنا، وفي قضائنا، وفي تشريعنا، ثم لأشرفنا نطالع العالم بهذا النور الجديد فنضيء به جانباً من جوانب الثقافة العالمية في القانون»(٢).

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٤/٧.

(٢) نظرية العقد للسنهوري (ص: هـ)، وانظر: مصادر الحق ١/٧ و٣٢، والمدخل الفقهي العام للزرقاء ١/١٤، الفقه الإسلامي لمحمد يوسف موسى ص٢٠٠.

والناظر في الكتابات التي تتحدث عن النظريات الفقهية يجد أنها اعتنت بجوانب جزئية، وأغفلت الحديث عن التقعيد الأصولي للحديث عن النظريات، كما يلاحظ أن أوائل من تصدى لذلك هم باحثون من مصر وسوريا؛ لأن هذين البلدين من أوائل البلدان العربية التي أخذت بالقانون المدني الغربي وأحلته محل الفقه الإسلامي.

وكان التركيز في مراجعة الفقه الإسلامي على مجلة الأحكام العدلية التي وضعت في أواخر الدولة العثمانية.

إن تتابع الأزمات العالمية على كافة الأصعدة وفي جميع المجالات مما وقف معها النظر القانوني عاجزاً يؤكد أهمية الرجوع للتشريع الإسلامي للتعرف على الحلول الإسلامية لمشاكل العالم؛ ولا يحسن أن تكون الصياغة المجردة سبباً لعزوف الخلق عن تلمس هذه الحلول.

وهناك من يعارض إطلاق لفظ (نظرية)؛ لأن النظرية تمثل وجهة نظر قد تقبل وقد ترد، بخلاف الفقه فإنه مستند للنص وهو واجب القبول، وإن كانت كتب الفقهاء لا تخلو من اجتهادات في فهم النص وتفسيره والقياس عليه[١]، وقد يقال: بأن النظرية مأخوذة من التنظير لا من النظر.

ومصطلح نظريات مستمد من القانون الوضعي، ولذلك نادى عدد من الفقهاء إلى اطراح هذا المصطلح لنستغني عن التبعية لغيرنا[٢]، وقد يتضمن تحديث الأسلوب في الدراسة الفقهية إهداراً لجهود العلماء السابقين في التأليف الفقهي، لكن كتابة النظريات الفقهية جاءت لمعالجة واقع في حياة المسلمين، والمستهدف بكتابة النظريات الفقهية فئة خاصة، ولذلك فإن هذه الكتابات وإن سهلت الفقه للقانونيين، إلا أنها صعبت دراسة

---

(١) القواعد الفقهية للدكتور يعقوب الباحسين ص١٤٨، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ١/٩٩.

(٢) تاريخ الفقه الإسلامي لعمر الأشقر ص٢٠٨.

الفقه على المبتدئين، ومن هنا فلا بأس من استعمال مصطلح النظرية من باب مخاطبة أهل الاصطلاح بلغتهم للحاجة لذلك ولم يكن في المعنى مخالفة شرعية(١).

ومن هنا جاءت الرغبة في الكتابة عن النظريات الفقهية لبناء خطوات أولية لتحقيق الأهداف السابقة، وقد ابتدأت بكتابة تعريف بالنظريات الفقهية مع المقارنة بينها وبين غيرها، ثم عرضت لعدد من النظريات مع المقارنة بين البحث الفقهي والنظر القانوني.

والحاصلُ أَنَّ هَذَا الموْضُوعَ المتعَلِّقَ بِـ «النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ» مَوْضُوعٌ مُهِمٌّ يَنْبغي العِنايةُ بِهِ والالتِفاتُ إِليهِ، وَخُصُوصًا فِي زَمَانِنَا الحَاضِرِ الَّذِي نَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى إِبْرَازِ هَذِهِ الشريعة المبَارَكَةِ، وَإِظْهارِ خَصَائِصِهَا وَمُمَيِّزَاتِهَا، وَبَيَانِ مقدار النَّظَرِيَّاتِ القَانُونِيَّةِ، ومِنْ هُنَا فَإِنَّ الكتَابَةَ فِي هَذَا البابِ المهِمِّ -النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ- لَهُ فَوَائِدُهُ العَظِيمةُ، وَثَمَرَاتُهُ الجَسِيْمَةُ.

وفي خاتِمَةِ هذِهِ المقَدِّمَةِ نَسْأَلُ اللهَ جَلَّ وَعَلَا أَنْ يُوَفِّقَنَا جميعاً لِخَيْرَيِ الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ، وأَنْ يَجْعَلَنَا من الهُدَاةِ المهْتَدِينَ، وأَنْ يُعَرِّفَنَا بِأَحْكامِ شَرِيعَتِهِ، وَأَنْ يَجْعَلَنَا مِنَ القائمينَ بِهَا، وَأَلَّا يَفْتِنَنَا وَلَا يَفْتِنَ بِنَا، وَأَلَا يُزِيغَنَا وَلَا يُزِيغَ بِنَا، كَمَا أَسْأَلُهُ جَلَّ وَعَلَا أَنْ يُصْلِحَ أَحْوَالَ الأُمَّةِ، وَأَنْ يَرُدَّهُمْ إِلَى دِينِهِ رَدًّا جميلاً، وَأَنْ يُوَفِّقَهُمْ لِتَحْكِيمِ شَرِيعَتِهِ فِي جَمِيعِ أُمُورِهِمْ قَلِيلِهَا وَكثِيرِهَا.

*****

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٣/٣٠٦، مدارج السالكين ٣/٣٠٦.

الفصل الأول

التعريفُ بعلمِ النَّظَرِيَّاتِ الفقْهيَّة

الشَّأنُ في أَلقَابِ العلومِ المركبةِ من مُضافٍ ومضافٍ إليهِ أَنْ يكونَ لها معنيان:

أَحدهما: معنى إِضافيٌّ، وهو ما يُفْهَمُ من مُفْرَدَيْه عند تَقْييدِ الأَوَّلِ بإضافتِهِ للثاني.

وثانيهما: معنى لَقَبِيٌّ، وهو العَلَمُ الذي جُعِل هذا التركيبُ الإضافيُّ لقباً له، ونُقِل عن معناه الأول إليه، وسيأتي تعريفٌ لهذه الكلمةِ المركبةِ باعتبارِ مَعْنَيَيْها:

الأَوَّل: تعريفه باعتبار الإضافة:

هَذِهِ الكلِمَةُ مُرَكبَةٌ مِنْ جُزْأَيْنِ:

أَوَّلُهما: كلِمَةُ «النَّظَرِيَّاتِ»:

وَهِيَ مَأْخُوذَةٌ مِنَ النَّظَرِ، وَالنَّظَرُ فِي لُغَةِ العَرَبِ له استعمالاتٌ مختلفةٌ بحسبِ متعلقه وتَعَدِّيْه بِنفسِهِ وَيُمْكنُ إِعادتُها إلى ثلاثةِ استعمالات:

الأَوَّلُ: أَنْ يَتَعَدَّى بنفسِهِ في كونُ: بمعنى التَّوَقُّفِ والاِنْتِظَارِ، ومنه قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿ٱنظُرُونَا نَقْتَبِسْ مِن نُّورِكُمْ﴾(١)، وَقَوْلُهُ جَلَّ وَعَلَا: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾(٢).

الثَّانِي: أَنْ يَتَعَدَّى بإلى في كونُ: بمعنى المُشَاهَدَةِ بالأبصارِ، وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَأَغْرَقْنَآ ءَالَ فِرْعَوْنَ وَأَنتُمْ تَنظُرُونَ﴾(٣)، وقَوْلُهُ جَلَّ وَعَلَا: ﴿أَفَلَا يَنظُرُونَ إِلَى ٱلْإِبِلِ كَيْفَ خُلِقَتْ﴾(٤).

الثَّالِثُ: أَنْ يَتَعَدَّى بفي فيكونُ: بمعنى التَّفَكرِ والاعتبارِ، والتَّأَمُّلِ فِي عَوَاقِبِ الأُمورِ وَحَقَائِقِهَا، وَمِنْهُ قَوْلُهُ جَلَّ وَعَلَا: ﴿أَوَلَمْ يَنظُرُواْ فِى مَلَكُوتِ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ﴾(٥)، وَقَدْ

---

(١) سورة الحديد، الآية [١٣].

(٢) سورة البقرة، الآية [٢٨٠].

(٣) سورة البقرة، الآية [٥٠].

(٤) سورة الغاشية، الآية [١٧].

(٥) سورة الأعراف، الآية [١٨٥].

انظر الإطلاقاتِ السابقةَ في: "لسان العرب" - مادة: "نظر"، و"شرح العقيدةِ الطَّحاوية" لابنِ أبي العِزِّ الحنفيِّ - (٢٨٦/١)، وانظر: معجم مقاييس اللغة ٥٦٧/٢ "نظر"، القاموس المحيط ص٦٢٣.

يَكونُ هَذَا المَعْنَى هو أَقْرَبَ المَعَانِي إِلَى المعنى الاصطلاحيِّ[١].

وَقَدْ أَطْلَقَ الأَوَائِلُ مصطلحَ «النَّظَرِيِّ» فِي مُقَابَلَةِ «الضَّرُورِيِّ»، وَقَالُوا: إِنَّ النَّظَرِيَّ مَا يَحْتَاجُ فِي التَّصْدِيقِ بِهِ إِلَى نَظَرٍ واستدلالٍ، وأَمَّا الضَّرُورِيُّ فَهُوَ: مَا أَذْعَنَتْ لَهُ النُّفُوسُ دونَ حَاجَةٍ إِلَى نَظَرٍ واستدلالٍ: فَـ «وَاحِدٌ زَائِدَ وَاحِدٍ يُسَاوِي اثْنَيْنِ» هَذَا عِلْمٌ ضَرُورِيٌّ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى حِسَابٍ، وَأَمَّا «سِتَّةَ عَشَرَ مَضْروبَةً فِي سِتَّةَ عَشَرَ» فَهَذَا يَحْتَاجُ إِلَى حِسَابٍ وَاجْتِهَادٍ فِي البَحْثِ فَهُوَ عِلْمٌ نَظَرِيٌّ[٢].

ثانيهما: كلِمَة «الفِقْهِ»:

فالمَرَادُ بالفقه فِي اللُّغَةِ: الفَهْمُ[٣]، وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَلَٰكِن لَّا تَفْقَهُونَ

---

(١) عرفت بعض المراجع اللغوية المعاصرة النظرية، ففي المنجد الوسيط في العربية المعاصرة ص١٠٣٠: «النظرية هي مجموع الأفكار والآراء المطروحة المتعلقة بموضوع معين»، وفي المعجم الوسيط ص٩٣٢: «قضية تثبت ببرهان، وفي الفلسفة: طائفة من الآراء تفسر بها بعض الوقائع العلمية أو الفنية»، انظر: المعجم الفلسفي لمجمع اللغة ص٢٠٢، والمعجم الفلسفي للدكتور مراد وهبة ص٤٤٧، ومعجم المصطلحات الفلسفية للدكتور خليل ص١٩٤.

(٢) انظر: "تمهيد الأوائل" لأبي بكرٍ الباقلانيِّ – ص٢٦، و"العُدَّة" للقاضي أبي يعلى- (١/٨٢)، و"اللُّمَع" لأبي إسحاقَ الشيرازيِّ-ص٤، و"التعريفات" للجرجانيِّ- ص٣١٠، و"كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم" للتهانوي-ص٣١٩، إرشاد الفحول ص٦٥.

وانظر لمعنى "النَّظَرِ" أيضاً ومُصطلحِ "النَّظَرِيَّةِ" والتعريفِ به: "المعجم الفلسفي" لجماعة من العلماء – ص٢٥٣ -نقلاً عن كتاب "القواعد الفقهية" لعلي الندوي – ص٥٣-، و"المعجم الفلسفي" لجميل صليبا – (٢/٤٧٧-٤٧٨)، و"المعجم الوسيط" – ص٩٣٢، و"مقدمة في دراسة الفقه الإسلامي" لمحمد الدسوقي وأمينة الجابر – ص٦٤، و"القواعد الفقهية" ليعقوب الباحسين – ص١٤٣-١٤٥، و"الوجيز في قواعد الفقه" للبورنو – ص ٤٨-٥٢.

(٣) انظر: "كتاب العين" للخليلِ بنِ أَحمدَ- (٣/٣٧٠)، و"تهذيب اللغة" للأزهريِّ- (٥/٢٦٣)، و"الصحاح" للجوهري – (٧/٩٣)، و"المحكم" لابن سيده- (٢/١٣٤)، و"المخصص" له أيضاً – (١/٢٦٠)، و"لسان العرب" لابن منظور- (١٣/٥٢٢). وهذا القولُ هو قولُ أَكْثَرِ أَهْلِ اللغة. وانظر أَيضاً: "نهاية السول" للإسنويِّ – (١/١٠): وقَدْ صوبَ هذا القول فيه، و"شرح مختصر الروضة" للطُّوفيِّ –(١/١٣١)، و"التحبير شرح التحرير" للمرداويِّ – (١/١٥٣).

تَسْبِيحَهُمْ﴾(١) . وَقَوْلُهُ: ﴿مَا نَفْقَهُ كَثِيرًا مِّمَّا تَقُولُ﴾(٢) .

وقالَ بعضُهم: « الفِقْهُ فِي اللُّغَةِ هُوَ فَهْمُ الأَشْياءِ الدَّقِيْقَةِ »(٣) .

---

(١) سورة الإسراء، الآية [٤٤].

(٢) سورة هود، الآية [٩١].

(٣) ورد في كتب اللُّغةِ تعريفُ الفقهِ بالفِطْنَةِ وعَرَّفَ جَماعةٌ من اللُّغويينَ الفِطْنَةَ بفَهْمِ ما فيه دِقَّةٌ وفي معناه نوعُ غموضٍ ، وناتجُ ذلك أَنْ يكونَ الفقهُ كذلك ومن ذلك قولُ أبي هلالٍ العسكريِّ في "الفروق اللغوية" -ص ٤٠٨: « ويجوزُ أَنْ يُقالَ: إنَّ الفطنةَ ابتداءُ المعرفةِ مِنْ وَجْهٍ غامضٍ فَكُلُّ فِطْنَةٍ علمٌ وليس كُلُّ علمٍ فِطْنَةً ، ولمَّا كانت الفطنةُ عِلْماً بالشيءِ مِنْ وجهٍ غامضٍ لم يَجُزْ أَنْ يُقالَ: الانسانُ فَطِنٌ بوجودِ نفسِهِ وبِأَنَّ السماءَ فوقه » ، وقال أبو البقاء الكفوي في "الكليات" - ص ٧١٧: "وقد تستعمل الفطنة كثيراً في الرموز والإشارات" .

وانظر أيضاً: "المحكم" لابن سيده - (٢/١٣٤) ، و"لسان العرب" لابن منظورٍ- (١٣/٥٢٢) ، و"تاج العروس" للزَّبيديِّ- (٣٦/٤٥٦)، و"المعجم الوسيط" -(٢/٦٩٨)، و"الإبهاج" للسبكيِّ- (١/٢٨) ، و"البحر المحيط" للزركشيِّ- (١/١٤) ، و"نهاية السول" للإسنويِّ- (١/١٠) ، "التحبير شرح التحرير" للمرداويِّ - (١/١٥٩) ، و"شرح الكوكب المنير" لابن النَّجارِ - (١/١٤) .

وقدْ ذكرَ جماعةٌ من علماءِ اللُّغةِ والأُصولِ معاني أُخَرَ للفقهِ في اللُّغَةِ: « فقيل مِنْ معانيهِ: فَهمُ غرضِ المتكَلِّمِ مِنْ كلامِهِ » .

انظرْ: "المعتمد" لأبي الحسين البصريِّ - (١/٤)، و"المحصول" للرازيِّ - (١/٩٢)، و"الإبهاج" للسُّبْكِيِّ - (١/٢٨) ، و"نهاية السول" للإِسْنويِّ - (١/١٠) ، و"التعريفات" للجِرْجانِيِّ - ص٢١٦ .

-وقيل هو: مطلقُ العلمِ وكلُّ عِلْمٍ بشيءٍ فهو فِقهٌ .

انظر: "معجم مقاييس اللغة" لابن فارس - (٤/٣٥٤) ، و"العدة" للقاضي أبي يعلى - (١/٦٧) ، و"التحبير شرح التحرير" للمرداويِّ - (١/١٥٦) .

-وقيل: هو التوصلُ إلى علمِ غائبٍ بعلمِ شاهدٍ فهو أَخَصُّ من العلمِ .

انظر: "مفردات ألفاظ القرآن" للرَّاغبِ الأَصْفَهانِيِّ – ص٦٤٢ .

وَقَدْ عُرِّفَ الفِقْهُ فِي الِاصْطِلَاحِ بِأَنَّهُ: «مَعْرِفَةُ الأَحْكامِ الشرعية العَمَلِيَّةِ المكتسبةِ من أَدِلَّتِهَا التَّفْصِيلِيَّةِ»(١).

وَالنَّاظِرُ إِلَى كلِمَةِ «الفِقْهِ» عِنْدَ عُلَمَاءِ الشريعة يجد أَنَّهُمْ يُطْلِقُونَها عَلَى أَرْبَعَةِ مَعَانٍ:

الأَوَّلُ: إِطْلَاقُ لَفْظَةِ الفِقْهِ عَلَى جَمِيعِ الأَحْكامِ الشرعية، وَمِنْ هَذَا قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: **(مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ)** كما فِي «الصَّحِيحَيْنِ» مِنْ حَدِيثِ مُعَاوِيَةَ رضي الله عنه(٢)، فَلَيْسَ المرَادُ بِهِ مَعْرِفَةَ الأَحْكامِ العَمَلِيَّةِ أَوِ الأَحْكامِ الِاجْتِهَادِيَّةِ فَحسب؛ بَلْ يَشْمَلُ ذلك جميع الأَحْكامِ الشرعية، وَمِنْ ذَلِك مَسَائِلُ الِاعْتِقَادِ، فَإِنَّها تَدْخُلُ فِي هَذَا الإِطْلَاقِ، وَلِذلك لَمَّا سُئِلَ الإِمَامُ أَبُو حَنِيفَةَ عَنِ الفِقْهِ قَالَ: هُوَ مَعْرِفَةُ النَّفْسِ مَا لَهَا وَمَا عَلَيْهَا(٣).

---

(١) انظر: "مختصر ابن الحاجب مع شرحه رفع الحاجب" - (١/ ٢٤٤)، و"المنهاج مع شرحه الإبهاج" للبيضاويِّ - (١/ ١٢٨)، و"جمع الجوامع مع شرحه" للسبكيِّ - (١/ ١٤)، و"شرح مختصر الروضةِ" للطُّوفيِّ - (١/ ١٣٣)، و"البحر المحيط" للزركشيِّ - (١/ ١٥)، و"إرشاد الفحول" للشوكانيِّ - (١ /١٧)، و"الكليات"- لأبى البقاء الكفوي- ص ١٠٩٣، و"دستور العلماء أو جامع العلوم في اصطلاحات الفنون" للقاضي عبد رب النبي الأحمد نكري-(٣/ ٢٩)، و "التحرير والتنوير" للطاهر ابن عاشور - (١١/ ٦٢).

(٢) سَبَقَ تخريجُهُ: ص٦.

(٣) ولِمُلاحظةِ هذا الإطلاق سَمَّى الإمامُ أبوحنيفةَ رحمه الله كتابه الذي صَنَّفَهُ في الاعتقادِ بـ"الفقه الأكبر".
وانظر لهذا الإطلاق: "رد المحتار" للحِصنيِّ - (١/ ٨٤).
وانظر أيضاً للوقوف على هذا المنقولِ عن الإمامِ أبي حنيفة: "تعليم المتعلم" للزرنوجيِّ - ص١٤، و"كشف الأسرار" للبزدويِّ - (١/ ٧)، و"التوضيح في حل غوامض التنقيح" لعبيد الله البخاريِّ الحنفيِّ المعروف بتاج الشريعة - (١/ ١٦)، و"البحر المحيط" للزركشيِّ - (١ /١٦-١٧)، و"فيض القدير" للمناويِّ - (١/ ٢٦٠)، و"الموسوعة الفقهية الكويتية" - (١/ ١٢)، ومن مؤلفاتنا "شرح مقدمة في أصول التفسير للعلامة ابن قاسم" ص ٩.

الثَّانِي: إِطْلَاقُ لَفْظَةِ الفِقْهِ عَلَى المَلَكَةِ الَّتِي تُوجَدُ عِنْدَ الإِنْسَانِ، وَيَتَمَكَّنُ بِهَا مِنَ اسْتِخْرَاجِ الأَحْكَامِ مِنَ الأَدِلَّةِ، وَمِنْ هُنَا يُقَالُ: فُلَانٌ فَقِيهٌ. أَيْ: قَادِرٌ عَلَى اسْتِخْرَاجِ الأَحْكَامِ مِنَ الأَدِلَّةِ، وَهُوَ المسَمَّى بِالمجْتَهِدِ(١).

الثَّالِثُ: إِطْلَاقُ لَفْظَةِ الفِقْهِ عَلَى الأَحْكَامِ العَمَلِيَّةِ المكتسبةِ مِنْ أَدِلَّتِهَا التَّفْصِيلِيَّةِ، بِحَيْثُ نُخْرِجُ مَسَائِلَ الاِعْتِقَادِ، وَلِهَذَا يَقُولُونَ: كتب الفِقْهِ حَسَبَ الاِصْطِلَاحِ، وَهَذَا هُوَ الَّذِي سَارَ عَلَيْهِ المؤَلِّفُونَ فِي عُلُومِ الشريعة؛ فَإِنَّ عِلْمَ الفِقْهِ عِنْدَهُمْ يُرَادُ بِهِ المسَائِلُ المتَعَلِّقَةُ بِالأَعْمَالِ؛ سَوَاءٌ كانَتْ تِلْك المسَائِلُ فِيهَا أَدِلَّةٌ قَاطِعَةٌ؛ كَوُجُوبِ الصَّلَاةِ، وَالصَّوْمِ، وَحِلِّ البَيْعِ وَالإِجَارَةِ، أَوْ كانَتْ مَسَائِلَ ظَنِّيَّةً، لَيْسَ فيها أَدِلَّةٌ قَطْعِيَّةٌ، مِثْلُ أَكثَرِ مَسَائِلِ الخِلَافِ فِي الأُمُورِ العَمَلِيَّةِ(٢).

الرَّابِعُ: إِطْلَاقُ لَفْظَةِ الفِقْهِ عَلَى المسَائِلِ العَمَلِيَّةِ الَّتِي لَيْسَ فِيهَا دَلِيلٌ قَاطِعٌ، وَهُوَ الَّذِي سَارَ عَلَيْهِ بَعْضُ الفُقَهَاءِ وَالأُصُولِيِّينَ؛ وَلِذَلِك يَحْصُرُونَ مَسَائِلَ الفِقْهِ بِمَا لَيْسَ فِيهِ دَلِيلٌ قَاطِعٌ(٣).

---

(١) انظر: "المعتمد" لأبي الحسين البصريِّ - (٢/٣٥٧)، و"اللّمع" للشيرازيِّ - ص ١٢، و"البرهان" للجوينيِّ - (٢/٨٧٠)، و"شرح جمع الجوامع" لابن السبكي -(٢ /٢٤٩-٢٥٠)، و"البحر المحيط" للزركشيِّ -(٤/٤٨٩)، و"التقرير والتحبير" لابن أمير حاج الحلبيِّ الحنفيِّ - (١/٤٨)، و(٦/٥٩)، و"إجابة السائل شرح بغية الآمل" للأَميرِ الصَّنْعانيِّ - ص٣٨٣، و"إرشاد الفحول" للشوكانيِّ - (٢/٢٠٦)، وغيرها.

(٢) نهاية السول للإسنوي ١/١٦، مختصر ابن الحاجب وشرحه رفع الحاجب ١/٢٤٤، شرح مختصر الروضة للطوفي ١/١٣٣، والبحر المحيط للزركشي ١/١٥.

(٣) انظر لهذا الإطلاق: "اللُّمَعَ" للشيرازيِّ - ص٦، و"الورقات" للجوينيِّ - ص٧، و"ميزان الأصول في نتائج العقول" لعلاء الدين شمسِ النظر الحنفيِّ - ص٩-١٠.

وانظر أيضاً لبعض الإطلاقاتِ السابقة: "البحر المحيط" للزركشيِّ - (١ /١٦-١٧)، و"الموسوعة الفقهية الكويتية" - (١/١٢-١٥).

فإنْ قالَ قائلٌ: مَا هُوَ الرَّاجِحُ مِنْ هَذِهِ الإِطْلَاقَاتِ الأَرْبَعِ ؟

فالجواب أَنْ نَقُولَ: إِنَّ هَذِهِ أُمورٌ اصْطِلاحِيَّةٌ، وَإِذَا أَرَدْنَا أَنْ نَفْهَمَ كلَامَ أَحَدٍ فَعلينا فَهْمُهُ فِي ضوءِ اصْطِلَاحِهِ هُوَ، وَكذا إِنْ أَرَدْنَا أَنْ نُخَاطِبَ أَحَدًا (باصْطِلاحٍ ما) فَلَا بُدَّ لنا أَنْ نُوَضِّحَ له المرَادَ بِهَذَا المصْطَلَحِ، وَإِنْ كانَ الأَوْلَى أَنْ نَسِيرَ عَلَى معهودِ الشارعِ في إطلاقاتِهِ واستعمالاتِهِ، ولَفْظَةُ الفِقْهِ قدْ جاءَ استعمالُها في عُرفِ الشرع ومَعْهُودِهِ في الإِطْلَاقِ الأَوَّلِ(١).

ولَوْ جَاءَنَا شَخْصٌ مُتَخَصِّصٌ فِي علم الفِقْهِ أي: الأحكام العملية وَقَالَ: إِنَّ قوله تعالى: ﴿لِّيَتَفَقَّهُوا۟ فِى ٱلدِّينِ﴾(٢) يَصْلحُ دَلِيلاً عَلَى أَنَّ تخصصنا هو أَفْضَلُ التخصصات، لَقُلْنا له: إِنَّ هَذَا التَفْسِيرَ خَطأٌ، وذلك لِأَنَّ كلِمَةَ ﴿لِّيَتَفَقَّهُوا۟﴾ قدْ اسْتَعْمَلَهَا الشَّارِعُ فِي مَعْرِفَةِ الأَحْكامِ الشرعية بِعامَّةٍ؛ سَوَاءٌ كانَتْ عَمَلِيَّةً أَوِ اعْتِقَادِيَّةً، وَيَدْخُلُ فِي ذَلِك تَفْسِيرُ القُرْآنِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِسُنَّةِ النَّبِيِّ ﷺ رِوَايَةً وَدِرَايَةً، وتفسير الفقه بالأحكام العملية اصطلاح متأخر، وَمِنْ ثَمَّ فلَا يَصِحُّ أَنْ نُفَسِّرَ أَلْفَاظَ القُرْآنِ بِاصْطِلَاحٍ حادِثٍ مُتَأَخِّرٍ.

ثانياً: التعريف بالنَّظريات الفقهية باعتبار العَلَمِيَّة:

إِذَا نَظَرَ الإِنْسَانُ فِي الكتَابَاتِ الحَدِيثَةِ فِي عِلْمِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ، وَجَدَ أَنَّ أَصْحابَها يَسِيرُونَ عَلَى ثَلَاثَةِ مَنَاهِجَ:

الأَوَّلُ: إِطْلَاقُ اسْمِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ على جَمْعٍ من المسَائِلِ المتَشَابِهَةِ، أَوِ الَّتِي بَيْنَهَا اشْتِرَاكٌ فِي أَيِّ جَانِبٍ، بِحَيْثُ يُسْتَخْرَجُ مِنْ ذَلِك أَحْكامٌ عَامَّةٌ، وَكَثِيرٌ مِمَّنْ أَلَّفَ مُؤَلَّفَاتٍ بِاسْمِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ يُرِيدُ هَذَا المَنْهَجَ(٣).

---

(١) نهاية السول للإسنوي ١/١٦، مختصر ابن الحاجب وشرحه رفع الحاجب ١/٢٤٤، شرح مختصر الروضة للطوفي ١/١٣٣، والبحر المحيط للزركشي ١/١٥.

(٢) سورة التوبة، الآية [١٢٢].

(٣) انظر: "التنظير الفقهي" لجمال الدين عطية – ص٩، و"القواعد الفقهية" ليعقوب الباحسين- ص١٤٧، و"نظرية الشكل في الفقه الإسلامي" لناصر بن زيد -نقلاً عن بحث لمحمد الفقيه بموقع التبصرة بشبكة المعلومات العنكبوتية-.

الثَّانِي: إِطْلَاقُ اسْمِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ عَلَى الأَحْكامِ الكلِّيَّةِ الَّتِي تَشْمَلُ جُزْئِيَّاتٍ فِقْهِيَّةً وَفُرُوعًا عَدِيدَةً(١).

وَهَذَانِ الإِطْلَاقَانِ فِيهِمَا نَظَرٌ؛ وذلك لِأَنَّ الإِطْلَاقَ الأَوَّلَ لَيْسَ مُرَادًا لِمَنْ كتَبَ فِي هَذَا العِلْمِ -النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ- أَصَالَةً، وَلَا يُحَقِّقُ الأَهْدَافَ الَّتِي مِنْ أَجْلِهَا أُوجِدَ عِلْمُ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ، فَإِنَّ هَذَا العِلْمَ قَدْ كتِبَ فِيهِ لِتَحْقِيقِ مَقَاصِدَ خَاصَّةٍ، وَلَيْسَ المَرَادُ بِهِ اسْتِحْدَاثَ عَنَاوِينَ جَدِيدَةٍ مِنْ أَجْلِ بَيَانِ الأَحْكامِ الفِقْهِيَّةِ المتَعَلِّقَةِ بِهَا.

وأَمَّا المَنْهَجُ الثَّانِي فهو عند التحْقِيْقِ مُطابِقٌ مِنْ حيثُ المعنى لِلْقَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ، وَالقَوَاعِدُ الفِقْهِيَّةُ عِلْمٌ مُسْتَقِلٌّ مُغَايِرٌ لِلنَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ، كما سَيَأْتِي التَّنْبِيْهُ إلى التَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا(٢).

الثَّالِثُ: إِطْلَاقُ اسْمِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ عَلَى الدِّرَاسَةِ الفِقْهِيَّةِ لِلْمَوْضوعاتِ الحُقُوقِيَّةِ، وهذا المنهج هو المطابق لواقع التأليف العلمي في النظريات الفقهية؛ ولذلك يمكنُ تَعْرِيْفُ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ بأَنَّها: الدِّرَاسَةُ الفِقْهِيَّةُ لِلْمَوْضوعاتِ الحُقُوقِيَّةِ، وبيانُ ذلك بأَنْ نقولَ: إِنَّ ثَمَّةَ مَوْضُوعَاتٍ فِي الأَنْظِمَةِ وَالحُقُوقِ يُرادُ معرفةُ الموقفِ الفِقْهِيِّ الشَّرْعِيِّ مِنْهَا، ولذلك جَاءَ التَّأْلِيفُ في هَذَا العِلْمِ.

---

(١) انظر: "أصول الفقه" لمحمد أبو زهرة -ص١٠، و"مقدِّمة تحقيق إيضاح السالك إلى قواعد الإمام مالك للونشريسيِّ" لأحمد بوطاهر الخطابيِّ -ص١١١، و"الفقه الإسلاميُّ - مدخل لدراسته" لمحمد يوسف موسى - ص٣١٩، و"المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي" لمحمد مصطفى شلبي- ص٣٢٣، و"النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية" لأحمد فهمي أبو سنة- ص٤٤، و"الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد" ليوسف القرضاوي -ص٢٨-٢٩، و"نظرية التقعيد الفقهي" لمحمد الروكي- ص٥٢-٥٣، و"القواعد الفقهية" ليعقوب الباحسين-ص١٤٥-١٤٧.

(٢) انظر: "المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي" لمحمد مصطفى شلبي - ص٢٨٣، و"القواعد الفقهية" ليعقوب بن عبد الوهاب الباحسين-ص١٤٩، الصياغة الفقهية لهيثم الرومي ص٥٠٨.

وَيُمْكنُ التَّعْبيرُ عنْ هَذَا المفْهُومِ بِصِيغَةٍ أُخْرَى؛ فَنَقُولُ: إِنَّ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةَ هِيَ الأَحْكامُ الشرعية لِلْعَنَاوِينِ الحُقُوقِيَّةِ - أَوِ القَانُونِيَّةِ - الَّتِي تَجْمَعُ فُرُوعًا فِقْهِيَّةً مِنْ أَبْوَابٍ شَتَّى(١).

وجوهُ الاجتماع والافتراق بين النَّظريات الفقهية وغيرها:

إِذَا أَرَدْنَا أَنْ نُفَرِّقَ بَيْنَ هَذَا العِلْمِ وَمَا لَهُ بِهِ نَوْعُ اتِّصَالٍ، فَأَوَّلُ مَا يَنْبَغِي العِنايةُ بِهِ فِي هَذَا البَابِ هو التَّفْرِيقُ بَيْنَ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ وَالقَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ؛ لِأَنَّنَا سَبَقَ أَنْ ذَكَرْنَا أَنَّ بَعْضَ النَّاسِ قدْ أَطْلَقَ اسْمَ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةَ وَأَرَادَ بِهِ القَوَاعِدَ الفِقْهِيَّةَ، وَقُلْنَا: هُمَا اصْطِلَاحَانِ لِعِلْمَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، وَلَا يَصِحُّ الخَلْطُ بَيْنَ العُلُومِ.

أَوَّلاً: وجه الشَّبَهِ بَيْنَ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ وَالقَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ:

هناك ثلاثةُ وجوهٍ ظاهرةٌ منْ وجوهِ الشَّبَهِ بينَ هذينِ العِلْمَيْنِ وهي:

الأَوَّلُ: الشمولُ والعمومُ: فَكلٌّ مِنَ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ وَالقَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ لَهُ فُرُوعٌ فِقْهِيَّةٌ مِنْ أَبْوَابٍ شَتَّى(٢).

---

(١) انظر لتعريف النَّظرياتِ الفقهيةِ أيضاً: "المدخل الفقهي العام" لمصطفى أحمد الزرقا - (١/٣٢٩)، و"الفقه الإسلامي وأدلته" لوهبة الزحيلي -(٤/٧)، و"نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام" لمحمد فوزي فيض الله- ص٤٣، و"الوجيز في قواعد الفقه" للبورنو - ص ٤٨-٥٢، والنظريات العامة للمعاملات لأحمد أبو سنة ١/١٠٩، والنظريات العامة في الفقه الإسلامي ص٩، ومعجم لغة الفقهاء لمحمد رواس قلعه جي ص٤٥٣، التنظير الفقهي لجمال عطية ص٩، تاريخ الفقه الإسلامي لبدران ص٢٧٩، و"القواعد الفقهية للفقه الإسلامي: نشأتها - رجالها - آثارها" لأحمد محمود الحصري- ص٢٢، و"الوجيز في المعاملات الشرعية" لمحمد نجيب عوضين المغربي-ص ١١، و"مقدمة في دراسة الفقه الإسلامي" لمحمد الدسوقي وأمينة الجابر - ص٦٤، و"القواعد الفقهية" لعلي أحمد الندوي - ص٥٤، و"نظرية التقعيد الفقهي" لمحمد الروكي-ص٦١.

(٢) انظر: "القواعد الفقهية" ليعقوب الباحسين-ص١٤٥-١٤٧، و"الوجيز في قواعد الفقه" للبورنو - ص٤٩.

الثاني: الموضوعُ والمَصْدَرُ: فكلٌّ مِنْهُمَا حُكمٌ فِقْهِيٌّ مَأْخُوذٌ مِنَ الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ الشَّرْعِيِّ.

الثالث: البناءُ والتطبيقُ: فكلٌّ مِنْهُمَا يَشْتمِلُ على أَركانٍ وشروطٍ لابَدَّ مِن اعتبارها، والالتزامِ بها حالَ تَطْبيقِهَا(١).

ثانياً: الفروقُ بَيْنَ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ وَالقَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ:

من المُمْكنِ بيانُ الفَرقِ بَيْنَ القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ وَالنَّظَرِيَّاتِ الفقهيةِ مِنْ خِلَالِ عَدَدٍ مِنَ الوجوه:

الأَوَّلُ: أَنَّ القَوَاعِدَ الفِقْهِيَّةَ هِيَ نَفْسُها أَحْكامٌ شَرْعِيَّةٌ، فَلَفْظُ «القَاعِدَةِ» فِي نَفْسِهِ حُكمٌ شَرْعِيٌّ.

مثالُ ذلك: قولهم «المَشَقَّةُ تَجْلِبُ التَّيْسِيرَ»: هَذِهِ قَاعِدَةٌ وهي -مع كونها كذلك- مُشْتَمِلةٌ على حُكمٍ يُمْكنُ تَطْبِيقُهُ عَلَى الفُرُوعِ، بِخِلَافِ النَّظَرِيَّاتِ؛ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ أَحْكامًا فِي ذَاتِهَا، مِثَالُ ذَلِك: "نَظَرِيَّةُ الِالْتِزَامِ" لَا يُمْكِنُ أَنْ نُطَبِّقَهَا عَلَى شَيْءٍ أَو أَنْ نَأْخُذَ من عنوانها حُكماً لِكونِها ليستْ مُشْتَمِلَةً على حُكمٍ في نفسها، وَمِثْلُها "نَظَرِيَّةُ الضَّمانِ"، وغيرها من النَّظريَّاتِ الفقهيةِ(٢).

الثَّانِي: أَنَّ القَوَاعِدَ الفِقْهِيَّةَ تُشِيرُ عَنَاوِينُهَا إِلَى مَآخِذِ الأَحْكامِ وَعِلَلِهَا، ومِثالُ ذلك قاعدةُ: «المَشَقَّةُ تَجْلِبُ التَّيْسِيرَ». تُشيرُ إلى مأْخَذِ الحُكم وعِلَّتِهِ وسببه وهُوَ وُجُودُ المشَقَّةِ، بِخِلَافِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ؛ فَلَيْسَ فِيهَا إِشَارَةٌ إِلَى العِلَّةِ وَالمأْخَذِ.

الثَّالِثُ: أَنَّ فُرُوعَ القَاعِدَةِ الفِقْهِيَّةِ حُكمُهَا وَاحِدٌ؛ فَكلُّ فُرُوعِ قَاعِدَةِ «المَشَقَّةُ تَجْلِبُ التَّيْسِيرَ» حُكمُهَا وَاحِدٌ؛ وأَنَّهَا مُشْتَمِلَةٌ عَلَى التَّيْسِيرِ، وَكلُّ فُرُوعِ قَاعِدَةِ «الأُمُورُ

---

(١) انظر: "القواعد الفقهية" ليعقوب الباحسين-ص١٤٩.

(٢) القواعد الفقهية للندوي ص٦٤.

بِمَقَاصِدِهَا » تُفِيدُ أَنَّ النِّيَّةَ مُعْتَبَرَةٌ وَمُؤَثِّرَةٌ فِي الحُكمِ ، بِخِلَافِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ ؛ فَإِنَّ مَا يَنْدَرِجُ فِيهَا مِنْ جُزْئِيَّاتٍ لَهُ أَحْكامٌ مُخْتَلِفَةٌ بِحَسَبِ الشُّرُوطِ .

الرَّابِعُ: أَنَّ القَوَاعِدَ الفِقْهِيَّةَ اسْتِقْرَاءٌ لِلْفُرُوعِ الفِقْهِيَّةِ المتَشَابِهَةِ ، بِحَيْثُ تُوضَعُ فِي صِيَاغَةٍ تَشْمَلُهَا وَمِنْ ثَمَّ فلَيْسَ فِيهَا إِشَارَةٌ إِلَى مَا يَتَعَلَّقُ بِالأَنْظِمَةِ وَالقَوَانِينِ ، بِخِلَافِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ فإِنَّ فيها مقارنةً بِالأَنْظِمَةِ وَالقَوَانِينَ .

الخَامِسُ: أن النظريات الفقهية تتعلق بالتعاملات البشرية والتي يترتب عليها حقوق ، ومن ثم كانت العبادات فيها نادرة ، بينما هناك قواعد فقهية وضوابط تعنى بالعبادات أصالة .

السادس: أَنَّ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةَ فِيهَا مَا يَتَعَلَّقُ بِقَوَاعِدَ أُصُولِيَّةٍ ؛ مِثْلُ نَظَرِيَّةِ المَصْلَحَةِ ، أَوْ نَظَرِيَّةِ العُرْفِ ، بِخِلَافِ القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ ، فَإِنَّهَا مُنْحَصِرَةٌ في مَسَائِلِ الفِقْهِ المتَعَلِّقَةِ بِالأَحْكامِ العَمَلِيَّةِ(١) .

وَلَا شَكَ أَنَّ عِلْمَ القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ أَسْبَقُ مِنْ عِلْمِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ ، وَالمؤَلَّفَاتُ فِيهِ أَعْمَقُ وَأَغْزَرُ .

فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ : أَيُّهُمَا أَوْسَعُ ؛ القَاعِدَةُ الفِقْهِيَّةُ أَوِ النَّظَرِيَّةُ الفِقْهِيَّةُ ؟

فنَقُولُ : لَا يَصِحُّ إِعْطَاءُ حُكمٍ وَاحِدٍ لِلْجَمِيعِ ؛ فَإِنَّ مِنَ القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ مَا يَكونُ أَوْسَعَ وَأَشْمَلَ ؛ كقَاعِدَةُ « الأُمُورُ بِمَقَاصِدِهَا » مثلاً فَإِنَّهَا قَاعِدَةٌ عَامَّةٌ لَهَا فُرُوعٌ فِقْهِيَّةٌ في أَبْوَابِ

---

(١) انظر بعضَ الفروقِ السابقةِ في: "النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية" لأحمد فهمي أبو سنة –نقلاً عن مقدمة تحقيق كتاب "القواعد للمقَّري" لأحمد عبد الله بن حميد – (١/١٠٩-١١٠)- ، و"المدخل" لعبدالكريم زيدان – ص ٢٨٨ ، و"القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه" لمحمد بكر إسماعيل – ص١٢ ، و"مقدمة في دراسة الفقه الإسلامي" لمحمد الدسوقي وأمينة الجابر – ص٦٥ ، و"تأريخ الفقه الإسلامي" لعمر سليمان الأشقر – ص٢٠٨ ، و"القواعد الفقهية" ليعقوب الباحسين- ص ١٤٨-١٥٢ و"القواعد الفقهية" للندوي-ص٦٤-٦٦ ، و"نظرية التقعيد الفقهي" لمحمد الروكي – ص٥٤ .

فِقْهِيَّةٍ شَتَّى ، ومَا مِنْ بَابٍ فِقْهِيٍّ إِلَّا وَفِيهِ فُرُوعٌ وَجُزْئِيَّاتٌ مِنْ هذهِ القاعِدَةِ ، بِخِلَافِ بَعْضِ النَّظَرِيَّاتِ الَّتِي قدْ تَنْحَصِرُ فِي بَابٍ أَوْ بَابَيْنِ .

الفَرْقُ بَيْنَ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ وَالفُصُولِ القَانُونِيَّةِ:

فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ : مَا هي الفصولُ القانونيةُ وما الفَرْقُ بَيْنَها وبينَ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ ؟

فَنَقُولُ : الفُصُولُ القَانُونِيَّةُ المرَادُ بِهَا : فُصُولٌ تُذْكَرُ فِي الأَنْظِمَةِ وَالقَوَانِينَ ، وَالفرقُ بينها وبين النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ فِي أَرْبَعَةِ أُمُورٍ :

الأَوَّلُ: المَصْدَرُ ؛ فَإِنَّ الفُصُولَ القَانُونِيَّةَ صَنَعَهَا البَشَرُ ، الَّذِينَ يُصِيبُونَ ويخطئون ، وَالَّذِينَ لَا يَتَمَكنُونَ مِنْ دَرَك حَقَائِقِ الأُمُورِ مِنْ جَمِيعِ جَوَانِبِهَا ، وقد تَكونُ نَظْرَتُهُمْ قَاصِرَةً ، بِخِلَافِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالنَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ ؛ فَإِنَّهُ نَظَرٌ في مُوجَبِ الأَدِلَّةِ الشرعية – من كتَابٍ وَسُنَّةٍ – الَّتِي هِيَ وَحْيٌ مِنْ رَبِّ العِزَّةِ وَالجَلَالِ ، وقدْ كفَلَ لِلْعِبَادِ أَعْلَى دَرَجَاتِ المَصْلَحَةِ مَتَى سَارُوا عَلَى مقتضى هَذِهِ الأَدِلَّةِ .

الثَّانِي: المقَارَنَةُ والتطبيقُ ، فَالنَّظَرِيَّاتُ الفِقْهِيَّةُ فِيهَا مُقَارَنَةٌ بَيْنَ الدِّرَاسَةِ القَانُونِيَّةِ وَالحُكمِ الشَّرْعِيِّ ، وَتَطْبِيقٌ لِأَحْكامٍ شَرْعِيَّةٍ عَلَى مَوْضُوعَاتٍ قَانُونِيَّةٍ ، بِخِلَافِ الفُصُولِ القَانُونِيَّةِ ؛ فَهِيَ نَظَرٌ قَانُونِيٌّ مُجَرَّدٌ .

الثَّالِثُ: فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِالِارْتِبَاطِ بِالآخِرَةِ ؛ فَإِنَّ دَارِسَ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ بَيْنَ عَيْنَيْهِ الأَجْرُ الأُخْرَوِيُّ ، وَعِنْدَ تَطْبِيقِ مَسَائِلِهِ يَنْظُرُ إِلَى مَا يَرْفَعُ دَرَجَتَهُ فِي الآخِرَةِ ، بِخِلَافِ أُولَئِك الَّذِينَ يَنْظُرُونَ فِي الفُصُولِ القَانُونِيَّةِ أَوْ يُطَبِّقُونَهَا ؛ فَإِنَّهُمْ لَا يَلْتَفِتُونَ إِلَى هَذَا المعْنَى .

الرابع: أن النظرية نظام تام في موضوعه ، مستقل بنفسه ، بينما الفصل القانوني جزء من نظام يتكامل مع غيره .

الخامس: أن النظرية الفقهية تحليل واستنتاج ونظر ومقارنة ، بينما الفصول القانونية مواد مقررة .

الفَرْقُ بَيْنَ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ وَالأَبْوَابِ الفِقْهِيَّةِ:

عِنْدَمَا يُشَاهِدُ الإِنْسَانُ كتُبَ الفُقَهَاءِ يَجِدُ أَنَّهُمْ يُقَسِّمُونَ كتبَهُمُ الفِقْهِيَّةَ إِلَى أَبْوَابٍ وَكتُبٍ، فَيَقُولُونَ مثلاً: بَابُ البَيْعِ، وَبَابُ الإِجَارَةِ، وَبَابُ الضَّمَانِ، وغيرها، فَمَا الفَرْقُ بَيْنَ البَابِ الفِقْهِيِّ وَالنَّظَرِيَّةِ الفِقْهِيَّةِ؟

الفَرْقُ بَيْنَهُمَا فِي جُزْئِيَّاتٍ مُتَعَدِّدَةٍ، ومِنْ أَبْرَزِهَا أمران:

الأَوَّلُ: أَنَّ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةَ مُخْتَصَّةٌ بِالجَانِبِ الحُقُوقِيِّ؛ أَيْ حُقُوقَ النَّاسِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ، مِمَّا يَكونُ فِيهِ خُصُومَاتٌ وَنِزَاعٌ بَيْنَ النَّاسِ، أَمَّا الأَبْوَابُ الفِقْهِيَّةُ فَإِنَّهَا لا تَخْتَصُّ بِهَذَا الجَانِبِ؛ إِذْ هِيَ كمَا تُنَظِّمُ عَلَاقَةَ النَّاسِ بَعْضِهِمْ بِبَعْضٍ فَإِنَّهَا تُنَظِّمُ عِلَاقَةَ الإِنْسَانِ بِرَبِّهِ، وكيْفِيَّةِ عبادتِهِ له جَلَّ وعَلا؛ سَوَاءً فِي بَابِ العِبَادَاتِ، أَوْ فِي أَبْوَابِ المعَامَلَاتِ، أَوْ الأَنْكحَةِ، أَوْ العُقُوبَاتِ.

الثَّانِي: أَنَّ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةَ فِيهَا مُقَارَنَةٌ بَيْنَ الدِّرَاسَةِ الفِقْهِيَّةِ وَالدِّرَاسَةِ القَانُونِيَّةِ، بَلْ فِيهَا -بِمَعْنًى أَدَقَّ- دِرَاسَةٌ فِقْهِيَّةٌ لِلْكتَابَاتِ القَانُونِيَّةِ وَالموضوعاتِ الحُقُوقِيَّةِ، فَفِيهَا جَانِبَانِ، بِخِلَافِ البَابِ الفِقْهِيِّ فَهُوَ خاصٌ بِمَسَائِلِ الفِقْهِ.

تاريخ عِلمِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ[1]:

مِنَ المعْلُومِ أَنَّ التأليفَ في أنواعِ العلومِ الشرعية لمْ يكنْ موجوداً في عَهْدِ النُّبُوَّةِ[2]، بَلْ كانَ النَّاسُ يَكتَفُونَ بِالكتَابِ وَالسُّنَّةِ، وَفِي أَوَّلِ الإِسْلَامِ كانَ النَّبِيُّ ﷺ يَنْهَى عَنْ كتَابَةِ

(١) انظر: "مصادر الحق" لعبد الرزاق السنهوري - (٦/١٩-٢٠)، و(١/٨٠)، و"القواعد الفقهية" للباحسين - ص١٤٧، و"القواعد الفقهية" للندوي - ص٦٣، و"نظرية التقعيد الفقهي" لمحمد الروكي - ص٥٤-٥٦، و"النظريات الفقهية" لمحمد الفقيه - ص١- وهو بحث منشور بموقع التبصرة بشبكة المعلومات العنكبوتية-.

(٢) انظر: فائدةً في بيانِ أَوَّلِ مَنْ صَنَّفَ في الإِسلامِ في "كشف الظنون" - (١/٣٤).

غَيْرِ القُرْآنِ؛ لِئَلَّا يختلط بِالقُرْآنِ مَا لَيْسَ مِنْهُ، ثُمَّ أَذِنَ بكتابةِ السُّنَّةِ[١]، فَدوَّنَ النَّاسُ الأَحَادِيثَ النَّبَوِيَّةَ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِك صُنِّفَتْ هَذِهِ الأَحَادِيثُ وَرُتِّبَتْ على الكتبِ و الأبواب، أَو المسانيدِ، أوغيرها[٢]، ثُمَّ وُجِدَتِ الكِتَابَاتُ الفِقْهِيَّةُ وقُسِّمَتْ بِاعْتِبَارَاتٍ مُتَقَارِبَةٍ؛ فَوُجِدَتِ المؤَلَّفَاتُ الفِقْهِيَّةُ مِنَ العُصُورِ الأُولَى بِدَايَةً مِنَ القَرْنِ الثَّانِي فَمَا بَعْدَهُ، وَكذلِكَ وُجِدَتْ مُؤَلَّفَاتٌ فِقْهِيَّةٌ فِي مَوْضُوعَاتٍ خَاصَّةٍ؛ بِحَيْثُ تَذْكرُ التَّأْصِيلَ الشَّرْعِيَّ وَالفِقْهِيَّ لِهَذِهِ المَوْضُوعَاتِ، وَمِنْ أَمْثِلَتِهِ: كتُبُ الأَمْوَالِ[٣]، وكتُبُ الخَرَاجِ[٤]، وكتُبُ الأَحْكامِ السُّلْطَانِيَّةِ[٥]، فَهَذِهِ كتُبٌ قدْ أُلِّفَتْ فِي مَوْضُوعٍ فِقْهِيٍّ بِحَيْثُ تُحِيطُ بِالمَوْضُوعِ مِنْ جَمِيعِ جَوَانِبِهِ.

---

(١) انظر: الأَحاديث الواردة في النهي عن كتابةِ الحديثِ، والأُخر المبيحةَ له والتوفيقَ بينها في كتابَي: "تَقْيِيْدِ العِلْمِ" للخطيبِ البغداديِّ، و"فتح الباري" لابنِ حجر - (٦/١).

(٢) انظر سرداً تفصيلياً لتأريخِ تدوينِ السنةِ والمراحل التي مرت بها في: "فتح الباري" لابن حجر - (٦/١)، و"تدوين السُّنَّةِ" لمحمد مطر الزهرانيِّ.

(٣) مثل: "الأموال" لأبي عبيدٍ القاسمِ بنِ سَلاَّم، المتوفى سنة ٢٢٤هـ، وقال الخطيبُ البغداديُّ: "وكتابه في " الأموال " من أحسن ما صنف في الفقه وأجوده".، و"الأموال" لحميد بن زنجويه، المتوفى سنة ٢٥١هـ، وكلاهما مطبوعان، و "الأَموال" للقاضي إسماعيل بنِ إسحاق الجهضميِّ، المتوفى سنة ٢٨٢هـ.
انظر: "تاريخ بغداد"- (١٢ /٤٠٥)، ومقدمةَ تحقيقِ كتابِ "الأموالِ" لشاكر ذيب فياض ص٧.

(٤) مثل: "الخراج" لمعاوية بن عبيدالله بن يسار الأشعري المتوفى سنة ١٧٠هـ، وهو أول مَنْ صَنَّفَ كتابًا فيه، و"الخراج" للقاضي أبي يوسفَ يعقوبَ بنِ إبراهيمَ صاحبِ أَبي حنيفةَ المتوفى سنة ١٨٢هـ وهو مطبوعٌ، ، و"الخراج" لأبي العباس أحمد بن محمد الكاتب المتوفى سنة ٢٧٠ هـ.
انظر: "الفخري في الآداب السلطانية" - ص-٦٨، و"كشف الظنون" - (١٤١٥/٢)، و"معجم المؤلفين" لعمر كحالة - (٣٠٤/١٢).

(٥) مثل: "الأحكام السلطانية" لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي الشافعي، المتوفى سنة ٤٥٠هـ، و"الأحكام السلطانية" لأبي يعلى محمد بن الحسين بن الفراء الحنبلي المتوفى سنة ٤٥٨هـ، وكلاهما مطبوعان.

وهَذِهِ المؤَلَّفَاتُ تخالف المؤَلَّفَاتِ فِي النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ: مِنْ جِهَةِ أَنَّ كتُبَ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ قدْ أُلِّفَتْ مِنْ أَجْلِ بَيَانِ الحُكمِ الشرعي فِي النَّظَرِيَّاتِ القَانُونِيَّةِ(١).

وقَدْ وَجدنا بَعْضَ المَوْضُوعَاتِ القَانُونِيَّةِ والنَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ التي كتَبَ فِيهَا بعض الفُقَهَاءِ المتَقَدِّمِينَ، مِثْلُ: «نَظَرِيَّةُ العَقْدِ» فقَدْ أَلَّفَ فيها بَعْضُ المتَقَدِّمِينَ مُؤَلَّفاتٍ مُفْرَدَةً أَوْردوا فيها ما يَتَعَلَّقُ بِأَحْكامِ العُقُودِ، ومِثْلُها أَيْضاً: «نَظَرِيَّةُ الِالْتِزَامِ» فَقَدْ أَلَّفَ فِيهَا جماعات مِن المتَقَدِّمِيْنَ، مِنْهُمْ: الحَطَّابُ المَالِكيُّ(٢) فَقَدْ أَفْرَدها بِمُصَنَّفٍ أَسْماهُ «تَحْرِيرِ الكلَامِ فِي مَسَائِلِ الِالْتِزَامِ»(٣).

---

(١) ينظر: القواعد الفقهية للندوي ص٦٣، المدخل للفقه الإسلامي لمحمد مدكور ص١٨٧، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي للجليدي ص٢٨٣.

(٢) محمدُ بنُ محمدِ بنِ عبدِ الرحمنِ بنِ حسينٍ، أبو عبدِ اللهِ شمسُ الدِّينِ الرُّعينيُّ الخزرجيُّ الأندلسيُّ الأصلِ الطرابلسيُّ المولدِ والوفاةِ، المعروفُ بالحَطَّاب، فقيهٌ مالكيٌّ، وأُصوليٌّ، له مشاركةٌ في بعض العلوم، وأصله من المغرب، وولد في ١٨ رمضان سنة ٩٠٢هـ بمكةَ واشتهر بها، وكانت وفاتُهُ سنة ٩٥٤هـ بطرابلس الغرب، ومن مؤلفاتِه: "قرة العين بشرح ورقات إمام الحرمين"، و"تحرير الكلام في مسائل الالتزام"، و"هداية السالك المحتاج" في مناسك الحج، و"تفريح القلوب بالخصال المكفرة لما تقدم وما تأخر من الذنوب"، و"مواهب الجليل في شرح مختصر خليل"، و"شرح نظم نظائر رسالة القيرواني" لابن غازي، ورسالة في "استخراج أوقات الصلاة بالاعمال الفلكية بلا آلة".

انظر: "المنهل العذب" - (١/١٩٥)، و"نيل الابتهاج بتطريز الديباج" للتنبكتيِّ -ص ٣٣٧، و"الأعلام" للزركلي - (٧/٥٨)، و"هدية العارفين" - (٢/٧٥) و"معجم المؤلفين" - (١١/٢٣٠).

(٣) طُبِعَ بدار الغرب الإسلامي، ببيروت- عام ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م، بتحقيق: عبد السلام محمد الشريف.

ثُمَّ وُجِدَ في العُصورِ المتأَخِرةِ اتصالٌ بِالدُّوَلِ غَيْرِ المُسْلِمَةِ، وَثَمَّةَ وجوهٌ ظَهرَ فيها هَذَا الِاتصالُ وكانت سبباً باعثاً للتأليفِ في هذا الضربِ من العلمِ إلا وهو النظريات الفقهية، وأَظْهَرُ تلك الوجوهِ أَرْبَعَةٌ:

الأَوَّلُ: احتلالُ عَددٍ كبيرٍ من بلادِ الإِسلامِ في بدايةِ القرنِ الرابع عشر الهجري، التاسعَ عشرَ الميلاديِّ؛ حَيْثُ تَمَكنَتْ عَدَدٌ مِنَ الدُّوَلِ الغربيةِ مِنَ السَّيْطَرَةِ عَلَى عَددٍ مِنَ الدُّوَلِ الإِسْلَامِيَّةِ، وأَوْجَدَ ذلك احْتِكاكاً وَاتِّصالاً بَيْنَ المسْلِمِينَ وَغيْرِهِم، فَاحْتِيجَ إِلَى مِثْلِ هَذِهِ الدِّراساتِ المقَارِنَةِ.

الثَّانِي: ظُهورُ بعضِ الدِّرَاسَاتِ الِاسْتِشْرَاقِيَّةِ المتَّصِلةِ بِعلومِ الشريعة؛ حَيْثُ وُجِدَ مُسْتَشْرِقُونَ يَدْرُسُونَ الأَحْكامَ الشرعية، وَفِي دِرَاسَاتِهِمْ مَا فِيهَا، وكانت بعض هذه الدِرَاسَاتُ الاسْتِشْرَاقِيَّةٌ مُتَعَلِّقَةً بِالمقَارَنَةِ بَيْنَ الدِّرَاسَاتِ الحُقُوقِيَّةِ وَالقَانُونِيَّةِ وَالمؤَلَّفَاتِ الفِقْهِيَّةِ.

الثَّالِثُ: إرسالُ عددٍ من أَبناءِ المسلمينَ للدِّراسةِ في دولِ غيرِ مُسلمةٍ ووجودُ طائفةٍ من هؤلاءِ كان المقصودُ من بَعْثِهم هو دِراسةُ أَنظِمَةِ وقوانينَ تلك الدولِ الوضعيةِ مع كونِ تلك الدِّراسةِ حاصلةً بمعزلٍ عن بيانِ أَحكامِ الشريعة ومقارنةِ ما يدرسونه بها وحصولِ شيءٍ من التوسُّعِ في ذلك، مِمَّا حَدَا بطائفةٍ مِنْ عُلَمَاءِ الشريعة وحَثِّهم على المبَادَرَةِ إلى التأليفِ في هذا البابِ -النَّظرِيَّاتِ الفقهيةِ- وَبيانِ المقَارَنَاتِ بَيْنَ تِلْك الدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ وَالدِّرَاسَاتِ الفِقْهِيَّةِ.

الرَّابِعُ: فَرْضُ تَطْبِيقِ القَوَانِينِ الغَرْبِيَّةِ الوضعيةِ في عدد من الدُّولِ الإسلاميةِ، ووجودُ ضُغُوطَاتٍ مِنْ أَجْلِ التزامِ العَمَلِ بِمِثْلِ هَذِهِ القَوَانِينِ، مِمَّا احْتِيجَ مَعَهُ إِلَى إِبْرَازِ النَّظْرَةِ الشرعية فِي المَسَائِلِ التي اشتملتْ عليها تلك القوانينُ الوضعيةُ مِنْ خِلَالِ مَا سُمِّيَ بِالنَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ.

الغايةُ مِنْ ظُهورِ التأليفِ في هذا العلمِ[١]:

وَجَدَ فُقَهَاءُ الشريعة الحَاجَةَ مُلِحَّةً لِلْكتَابَةِ فِي عِلْمِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ، وَذَلِك لِتحقيقِ عَدَدٍ مِنَ الغاياتِ:

الأولى: الرَّغْبَةُ فِي إِظْهَارِ تَفَوُّقِ الشريعة عَلَى تِلْك الدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ، وَأَنَّهُ إِذَا قُورِنَتْ تِلْك الدِّرَاسَاتُ القَانُونِيَّةُ بِالدِّرَاسَاتِ الشرعية الفِقْهِيَّةِ عُلِمَ نَقْصُ هَذِهِ الدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ، وَبِالمقَارَنَةِ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ المتَقَارِنَيْنِ يُعْرَفُ الفرق بينهما، وَقَدْ قِيلَ: وَبِضِدِّهَا تَتَمَيَّزُ الأَشْيَاءُ[٢].

الثَّانِيَة: مُحَاوَلَةُ عُلَمَاءِ الشريعة تَعْدِيلَ القَوَانِينِ الوضعيةِ لِتكونَ مُتَوَافِقَةً مَعَ الشَّرْعِ، وذلك بِإِبْعادِ المخَالَفَاتِ الشرعية التي اشتملتْ عليها تلك القوانينُ والأَنْظِمَةُ الوضعيةُ.

الثالثة: الرَّغْبَةُ فِي إِعَادَةِ صِيَاغَةِ الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ صِياغةً جديدةً، كما أَشَارَ إِلَى ذلك الشيخُ مُصطفى الزَّرْقَا[٣].

---

(١) انظر: المدخل للزرقا ١/٢٥٣، النظريات الفقهية للزحيلي ص٧، المدخل إلى الفقه الإسلامي للخياط ص٩٠، مقدمة في دراسة الفقه للدسوقي ص٦٦، النظريات العامة لمحمد رأفت عثمان ص٧، "النظريات الفقهية" لمحمد الفقيه – ص١- وهو بحث منشور بموقع التبصرة بشبكة المعلومات العنكبوتية- .

(٢) هو عجزُ بيتٍ من قَصِيدةٍ من الكاملِ لأبي الطَّيِّبِ المتنبيء يَمْدحُ فيها أبا عليٍّ هارونَ بنَ عبدِ العزيزِ الأوارجيَّ الكاتبَ جاء في مَطْلَعِهَا:

أَمِنَ ازْدِيَارَكِ في الدُّجى الرُّقَبَاءُ   إذْ حَيثُ كنتِ مِنَ الظَّلام ضِياءُ

وصَدْرُ البيتِ المذكورِ هو:

وَنَذِيْمُهُمْ وبِهِمْ عَرَفْنَا فَضْلَهُ

انظر: "ديوان المتنبيء" ص– ٢ .

(٣) انظر: "المدخل الفقهيّ العام" - (١/ ٣٣٠) .

الرابعة: رَغْبَةُ عُلَمَاءِ الشريعة في تَسْهيلِ مُرَاجعَةِ الفِقْهِ الإسْلَامِيِّ على القَانُونِيِّينَ ؛ لِيَسْتَفِيدُوا مِنَ العِلْمِ الجَمِّ الذي اشتملَ عليه وتَضَمَّنَه ، ؛ فَيكونَ هَذَا مِنْ إبراء الذمة مِنْ جَانِبٍ ، وَلِيَكونَ مُعِينًا لَهُمْ عَلَى تَرْكِ مُخَالَفَةِ الأَحْكامِ الشرعية مِنْ جانبٍ آخرَ .

الخامسة: ضَعْفُ المَلَكةِ الفِقْهِيَّةِ عندَ كثيرٍ مِنَ القُضَاةِ الَّذِينَ يَحْكُمُونَ فِي المحَاكِمِ الَّتِي طَرَأَتْ عَلَى بَعْضِ بُلْدَانِ المسْلِمِينَ ، فَرَغِبَ الفُقَهَاءُ في تَقْوِيَةِ المَلَكةَ الفِقْهِيَّةَ عِنْدَ هؤلاء القُضَاةِ الَّذِينَ يَنْظُرُونَ فِي هَذِهِ الأَنْظِمَةِ وذلك مِنْ خِلَالِ الكتَابَةِ فِي بابِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ .

السادِسة: رَغْبَةُ عُلَمَاءِ الشريعة في أَنْ يُعِيدُوا الأُمَّةَ إِلَى شَرْعِ اللهِ ودينِهِ ، وَإِلَى كتَابِ رَبِّ العِزَّةِ وَالجَلَالِ ، وَسُنَّةِ النَبِيِّ ﷺ ؛ فَأَلَّفُوا فِي هَذَا الباب طَلَباً لتحقيقِ هذهِ الغايةِ النَّبِيْلَةِ ، والمقصودِ السَّامي .

وَقَدْ سَعَى بَعْضُ الفُقَهَاءِ بالكتَابَةِ فِي بَابِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ إِلَى التَّوَسُّعِ فِي الدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ ، وَمِنْ هُنَا نَجِدُ أَنَّ مِنْ أَوَائِلِ مَنْ كتَبَ فِي بَابِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ هُمْ أُولَئِك الَّذِينَ بُلُوا بِوُجُودِ قَوَانِينَ وَضعِيَّةٍ في بُلْدانِهم الإِسْلامِيَّةِ ؛ سَوَاءٌ فِي مِصْرَ ، أَوْ فِي سُورِيَّا ، أَوْ فِي غَيْرِهِمَا ، والمَقْصُودُ أَنَّ هَذَا الجَانِبَ -وَهُوَ دِرَاسَةُ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ- كتِبَ فِيهِ فِي الزَّمَانِ الحَاضِرِ لِعَدَدٍ مِنَ الأَسْبَابِ والغاياتِ الَّتِي أَشَرْنَا إِلَى بَعْضِهَا .

إشكالٌ في تسميةِ هذا العلمِ بالنّظريّاتِ الفقهيّة[1]:

أُخِذَتْ التَّسْمِيَةُ لهذا العلم بِاسْمِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ مِنَ الكتَابَاتِ القَانُونِيَّةِ الَّتِي يُسَمُّونَهَا « نَظَرِيَّاتٍ قَانُونِيَّةً نِظَامِيَّةً » ، وَمِنْ هُنَا فَقَدْ كتَبَ الفُقَهَاءُ المعَاصِرُونَ فِي مُقَارَنَةِ هَذِهِ الدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ بِعُلُومِ الشريعة وَأَسْمَوْهَا ب: « النَظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ » ، وَقَدِ انْتَقَدَ بَعْضُ عُلَمَاءِ الشريعة هَذِهِ التَّسْمِيَةَ مِنْ عِدَّةِ جِهاتٍ :

---

(١) انظر: "تأريخ الفقه الإسلامي" لعمر سليمان الأشقر – ص٢٠٨ ، و"المدخل للفقه الإسلامي" لعبد الله الدرعان – ص٢٢٥ حاشية٣ ، و"القواعد الفقهية" للباحسين – ص١٤٨ .

الأُولَى: أَنَّ اسْمَ النَّظَرِيَّاتِ يُشْعِرُ بِأَنَّهَا آرَاءٌ مُجَرَّدَةٌ عَنِ الوَحْيِ، أو افتراضات بشرية ثبتت صحتها بالتجربة، ويمكن تطويرها، بَيْنَمَا الأَحْكامُ الفِقْهِيَّةُ مُسْتَقَاةٌ مِنَ الكتابِ وَالسُّنَّةِ، وَمِنْ ثَمَّ فَتَسْمِيَةُ الأَحْكامِ الشرعية بِاسْمِ نَظَرِيَّاتٍ يَبْقَى مَحَلَّ إِشْكالٍ وَتَرَدُّدٍ.

وَقَدْ أَجَابَ بعضُهم عن هذا الإِشْكالِ وَقَالَ: إِنَّ اسْمَ النَّظَرِيَّةِ لَيْسَ فِيهِ حُكْمٌ شرعي، بل غايةُ مافيه أَنَّه مُجَرَّدُ اصطلاحٍ لايشتملُ على حكمٍ، فيقال مَثَلًا: «نَظَرِيَّةُ الحَقِّ» ونحوها، و لَا يَصِحُّ أَنْ يُقَالَ: إِنَّ هَذَا هو الحُكْمُ الشرعي.

الثانية: أَنَّ النَّظَرِيَّاتِ هِيَ الأُمُورُ الَّتِي تَفْتَقِرُ إلى نَظَرٍ وَاسْتِدْلَالٍ، وَتَكونُ مَحَلَّ اجْتِهَادٍ، وَهِيَ تُقَابِلُ القَطْعِيَّاتِ، وكثير من المسائل الفقهية وقواعد الفقه قطعي.

ولا يخلو هذا الكلامُ من نوعِ نَظَرٍ وذلك: لِأَنَّ النَّظَرِيَّاتِ التي هي في مُقابَلَةِ الضَّرُورِيَّاتِ مِنْهَا مَا هُوَ قَطْعِيٌّ، وَمِنْهَا مَا هُوَ ظَنِّيٌّ، إِذْ مِن المعلومِ أَنَّ الإِدْرَاكَ يَنْقَسِمُ إِلَى: ظَنِّيٍّ، وَقَطْعِيٍّ، وَكلٌّ مِنْهُمَا يَدْخُلُهُ النَّظَرُ والاستدلالُ؛ فَهُنَاكَ أُمُورٌ نَظَرِيَّةٌ لكنَّهَا قَطْعِيَّةٌ لَا تُعْرَفُ إِلَّا بَعْدَ الدَّلِيلِ، فَإِذَا عُرِفَتْ بِدَلِيلِهَا قَطَعَ النَّاسُ بِهَا.

الثالثة: أَنَّ فِي هَذِهِ النَّظَرِيَّاتِ نوعَ انهِزامٍ؛ لِأَنَّ فِيهَا تَرْكا لِلْفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ الوَاسِعِ الَّذِي كتِبَتْ فِيهِ المؤَلَّفَاتُ لِقُرُونٍ عَدِيدَةٍ، وَاستعاضةً عنه بالنَّظَرِ فِي المسَائِلِ بِناءً عَلَى الكتَابَاتِ القَانُونِيَّةِ(١).

وجوابُ هذا بِأَنْ يُقَالَ: إِنَّ هَذَا التقريرَ خطَأٌ؛ فَالكتَابَةُ فِي النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ دعوة للفقه الإسلامي وتقريب له لا انهزامٌ، وذلك لِأَنَّ فِيهَا بَيَانًا للكتابات الفقهية، وتسهيلاً لمراجعتها للقانونيين ومقارنة لها بما يوجد في الكتَابَاتِ القَانُونِيَّةِ، وَفِيهَا بَيَانٌ لِأَوْجُهِ الخَطَأِ وَالتَّقْصِيرِ فِي هَذِهِ الكتَابَاتِ، وَمِنْ هُنَا فَإِنَّ الكتَابَةَ فِي هَذَا الجَانِبِ لَهُ ثَمَرَاتٌ عَدِيدَةٌ،

---

(١) انظر: نظرية التقعيد الفقهي ص٦٢، المدخل لطنطاوي ص٢٥٧، الوجيز في المعاملات الشرعية (النظرية الفقهية) ص١٢.

وَدِراسةُ هَذِهِ المَسَائِلِ المتَعَلِّقَةِ بِالنَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ فِيهِ رَدٌّ لِهَجْمَةٍ جَائِرَةٍ يُرَادُ بِهَا مَسْخُ الأُمَّةِ، وَجَعْلُهَا أُمَّةً تَابِعَةً لِغَيْرِهَا فِي البَاطِلِ.

الفَرْقُ بَيْنَ الدِّرَاسَةِ القَانُونِيَّةِ وَالدِّرَاسَةِ الفِقْهِيَّةِ:

تُخَالِفُ الدِّرَاسَةُ الفِقْهِيَّةُ الدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةَ فِي جَوَانِبَ عَدِيدَةٍ؛ منها:

الجانب الأَوَّل: أَنّ الدِّرَاسَةَ الفِقْهِيَّةَ فِيهَا تَأْصِيلٌ وَغَرْسٌ لِلْخَوْفِ مِنَ عَلاَّمِ الغيوبِ - جَلَّ وعلا- فِي النُّفوسِ والقُلُوبِ، بِحَيْثُ لَا يُقْدِمُ العَبْدُ عَلَى شَيْءٍ مَخَافَةً مِنَ اللهِ تعالى، بِخِلَافِ الدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ؛ فإِنَّها ليسَ فيها عِنايةٌ بهَذَا الجَانِبِ.

الجانب الثَّانِي: أَنَّ الدِّرَاسَةَ الفِقْهِيَّةَ فِيهَا رَبْطٌ لِلْحَيَاةِ الدُّنْيَا بِالآخِرَةِ؛ فَالدُّنْيَا إِنَّمَا وُضِعَتْ لِتكونَ مَزْرَعَةً لِلْآخِرَةِ، وَهَذِهِ هِيَ النَّظْرَةُ الفِقْهِيَّةُ، بِخِلَافِ النَّظْرَةِ القَانُونِيَّةِ فَإِنَّهَا قَاصِرَةٌ عَلَى الأُمُورِ الدُّنْيَوِيَّةِ، ولذلك اهْتَمَّتْ الدِّرَاسَاتُ الفِقْهِيَّةُ بجَوَانِبِ الإِحْسَانِ وَالرَّحْمَةِ وَالتَّعَاوُنِ ونحوها، بِخِلَافِ الدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ؛ فَإِنَّهَا لَا تَلْتَفِتُ إِلَيْهَا.

فَإِنْ قِيلَ: مَا الفَرْقُ بَيْنَ الجانبينِ الأَوّلِ وَالثَّانِي؟

فَالجوابُ: أَنَّ فِي الثاني قَدْراً زائداً على ما في الأَوّلِ: إِذْ قَدْ يَخَافُ الإِنْسَانُ مِنَ عقوبةِ اللهِ فِي الدُّنْيَا مَعَ عدمِ الالتفاتِ إِلَى أَمْرِ الآخِرَةِ.

الجانب الثَّالِثُ: أَنَّ الدِّرَاسَاتِ الفِقْهِيَّةَ فِيهَا نَظَرٌ لِلْمَسَائِلِ الشَّخْصِيَّةِ المجَرَّدَةِ والتفاتٌ لِعلاقَةِ العَبْدِ بِرَبِّه وصِلَتِهِ بِخَالِقِهِ، إِذْ فيها: التَنْوِيهُ بكيْفِيَّةِ صلاةِ العَبْدِ، وَزَكاتِهِ، وصِيَامِهِ، وحَجِّهِ، وغيرها مِن القضايا التى تَخُصُّ المرءَ في نَفْسِهِ وتتعلقُ بصِلَتِهِ بِمَعْبُودِه جَلَّ وعلا، بِخِلَافِ الدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ فَإِنَّهَا لَا تُعْنَى إِلَّا بِالعَلَاقَةِ بَيْنَ الأَشْخَاصِ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِالخُصُومَاتِ؛ إِمَّا بِوَضْعِ الإِجْرَاءَاتِ الأَوَّلِيَّةِ الَّتِي تكونُ سَبَبًا لِدَرْءِ تلك الخُصُومَاتِ، أَوِ الإِجْرَاءَاتِ المتَعَلِّقَةِ بِفَضِّهَا بَعْدَ وُقُوعِهَا.

الجانب الرَّابعُ: أَنَّ الدِّرَاسَاتِ الفِقْهِيَّةَ فِيهَا قَوَاعِدُ عَامَّةٌ تَشْمَلُ مَا لَا يَتَنَاهَى مِنَ الصُّوَرِ، بِخِلَافِ الدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ فَإِنَّهَا تَنْصِيصٌ عَلَى جُزْئِيَّاتٍ مُتَفَرِّقَةٍ، وَلِذلك كلَّما وُجِدَتْ مَسَائِلُ جَدِيدَةٌ احتاجَ النَّاسُ فيها إِلَى قَوَانِينَ جَدِيدَةٍ، بِخِلَافِ القَوَاعِدِ الشرعية وَالأَحْكامِ الفِقْهِيَّةِ ،ومِنْ أَمْثِلَةِ ذلك: «تَحْرِيمُ إِيذَاءِ الآخَرِينَ»، فَهَذِهِ قَاعِدَةٌ فِقْهِيَّةٌ وَحُكمٌ فِقْهِيٌّ يَشْمَلُ مَا لَا يَتَنَاهَى مِنَ الصُّوَرِ، وهو مَأْخوذٌ مِنْ قَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَٱلَّذِينَ يُؤْذُونَ ٱلْمُؤْمِنِينَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتِ بِغَيْرِ مَا ٱكْتَسَبُواْ فَقَدِ ٱحْتَمَلُواْ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾(١)، بَيْنَما الدِّرَاسَاتُ القَانُونِيَّةُ كلَّما اسْتُحْدِثَتْ أَنْوَاعٌ مِنْ صُوَرِ الإِيذَاءِ اضْطُرَ أَصحَابُها وواضِعُوها إلى إيجادِ أَنْظِمَةٍ خاصةٍ مُتَعَلِّقَةٍ بها.

الجانب الخامس: أَنَّ الدِّرَاسَاتِ الفِقْهِيَّةَ مَنَاهِجُ لِلْحَيَاةِ فِي جميع مجالَاتِهَا، بِخلَافِ الدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ فَإِنَّهَا مُتَعَلِّقَةٌ بِالنَّوَاحِي القَضَائِيَّةِ فَحَسْب؛ فَلَا يَدْرُسُونَ مِنْ جوانِبَ الحَيَاةِ إِلَّا ما يَتَعَلَّقُ بِالأُمُورِ القَضَائِيَّةِ مِنْها، وهَذَا مِنْ أَوجُهِ قُصورِ الدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ بِخلَافِ الدِّرَاسَاتِ الشرعية، فإِنَّك إِذَا نَظَرْتَ مَثَلًا فِي بَابِ النِّكاحِ، وَجَدْتَ أَنَّ الدِّرَاسَاتِ الفِقْهِيَّةَ لَمْ تَتْرُك شَارِدَةً وَلَا وَارِدَةً مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِأَبْوَابِ النِّكاحِ إِلَّا وَقَدْ ذَكَرَتْهُ، وَلَا يُمْكنُ أَنْ تَحْدُثَ مَسْأَلَةٌ لها تَعَلُّقٌ بِهَذَا البَابِ إِلَّا وَفِي كلَامِ الفُقَهَاءِ مَا يَشْمَلُ تِلْك الصُّورَةَ؛ إِمَّا بِعُمُومِ كلَامِهِمْ، أَوْ بِوُجُودِ صُوَرٍ مُمَاثِلَةٍ لتِلْك الصُّورَةِ يُمْكنُ أَنْ تُقَاسَ عَلَيْهَا، واتَّسَعَ كلامُهم في ذلك فَشَمِلَ ما يَتَعَلَّقُ بِطَرِيقَةِ التَّعَامُلِ مع الزَّوجَةِ، وكيْفِيَّةِ اسْتِمْتَاعِ الإِنْسَانِ بِامْرَأَتِهِ، وكيْفِيَّةِ النَّفَقَةِ عليها، وَغيرِها من التَفَصِيلاتِ الجُزْئِيَّةِ العَدِيدَةِ لأُمورِ الحَيَاةِ الزَّوْجِيَّةِ التي يَجِدُهَا الإِنْسَانُ فِي الدِّرَاسَاتِ الفِقْهِيَّةِ، بِخِلَافِ الدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ والتي لا تُعْنى -كما سَبَقَ- إِلَّا بِمَا يَتَعَلَّقُ بِمَسَائِلِ الخُصومَاتِ.

---

(١) سورة الأحزاب، الآية [٥٨].

إشكالٌ وجوابه:

قَدْ يَقُولُ قَائِلٌ: إنَّ في الفِقْهِ أَقْوَالاً مُتعَدِّدَةً، وَآرَاءً مُتبَايِنَةً، وَهَذَا مِمَّا قَدْ يُزَهِّدُ فِي دِراسةِ هذا العِلْمِ، ويَصْرِفُ عن الاشْتِغَالِ به.

فَنقُولُ: إِنَّ حُكمَ اللهِ وَاحِدٌ فِي المَسَائِلِ، وَيَجِبُ عَلَى الفَقِيهِ أَنْ يَجْتَهِدَ فِي كلِّ مَسْأَلَةٍ تَعْرِضُ لَهُ؛ لِيَعْرِفَ حُكمَ اللهِ فِيهَا، وَقَدْ يُوجَدُ فِي بَعْضِ المَسَائِلِ أَدِلَّةٌ وَاضِحَةٌ يَتَعَيَّنُ الأَخْذُ بِهَا، كما قد يُوجَدُ في بَعْضِها أَقْوَالٌ شَاذَّةٌ لا يُلْتَفَتُ إِلَيْهَا، وَهُنَاك مَسَائِلُ يَكونُ لِلاجْتِهَادِ فِيهَا مَجَالٌ ومَسْرَحٌ؛ إِذْ قَدْ جَاءَتِ الشريعة بِأَدِلَّةٍ متفاوِتَةٍ كما سَبَقَ التنبيهُ إليْهِ، وَهَذِهِ الأَدِلَّةُ إِمَّا أَنْ تَكونُ مُتَعَارِضَةً فِي نَظَرِ المجْتَهِدِ، أَوْ يَكونَ لِلاجْتِهَادِ فِيهَا مَجَالٌ؛ وغيرِ ذلك من الأُمورِ التي يكونُ فيها باعثٌ للفُقَهَاءِ لإِدامَةِ النَّظَرِ فِي الأَدِلَّةِ الشرعية وَمُحاولَةِ اسْتِثْمَارِهَا، وَمِنْ ثَمَّ يَكونُ ذَلِك مِنْ أَسْبَابِ الازْدِهَارِ العِلْمِيِّ، وبِذلك يُصْبِحُ وُجُودُ هَذِهِ الآرَاءِ المتَعَدِّدَةِ مَزِيَّةً مِنْ مَزايا الفِقْهِ الإِسْلاميِّ.

ثُمَّ إِنَّ الفَقِيهَ -عِنْدَ وُجُودِ الآرَاءِ المتَعَدِّدَةِ- واجِبُه هو النَّظَرُ في تلك الآراءِ، وما الذي يتوافق مع الأدلة الشرعية؟ وَفِيمَا يحقق المقَاصِدَ الشرعية وَالمصَالِحَ العَامَّةَ المرْعِيَّةَ مِنْها؟ فَيَكونُ ذلك سَبَبًا مِنْ أَسْبَابِ الخَيْرِ.

ولايَفوتنا أَنْ نُنبِّهَ إلى مَسألةٍ مُهِمَّةٍ وهي: أَنَّ الدِّرَاسَاتِ القَانُونيَّةَ بَيْنَ أَصْحَابِهَا مِنَ النِّزَاعِ وَالِاخْتِلَافِ مَا لَا نَجِدُهُ عِنْدَ فُقَهَاءِ الشريعة، وَعِنْدَ فُقَهَاءِ الشريعة مَرْجِعٌ أَصِيلٌ يَلْزَمُهُمُ الرُّجُوعُ إِلَيْهِ عِنْدَ التنازُعِ والِاخْتِلَافِ؛ أَلَا وَهُوَ الكتَابُ وَالسُّنَّةُ، كما قَالَ تعَالَى: ﴿فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا﴾(١)، بِخِلَافِ الدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ فَلَيْسَ عِنْدَهُمْ مَصْدَرٌ قاطع للنزاع عِنْدَ وُجُودِ الِاخْتِلَافِ وَالتَّنَازُعِ فِيهَا، بحيث يَكونُ مَحَلَّ اتِّفَاقٍ ويَلْزَمُ الأَخْذُ بِهِ.

---

(١) سورة النساء، الآية [٥٩].

أركانُ النَّظَرِيَّةِ الفقْهِيَّةِ وأجْزاؤهَا:

تواضعَ المؤلفونَ المعَاصِرونَ والدَّارِسونَ لِعَلْمِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ على ترتيبِهَا وتَقْسِيْمِهَا إِلى أَركانٍ وأَجَزاءٍ، وهي بالاستقراءِ ثمانيةُ أَرْكانٍ:

الأَوَّلُ: عُنْوَانُ النَّظَرِيَّةِ، وَالغَالِبُ فِي هَذا العُنْوانِ أَنَّ يكونَ مَأْخُوذاً مِنَ الدِّرَاسَاتِ الحُقُوقِيَّةِ، وَالفُصُولِ والأَنْظِمَةِ القانونيةِ الَّتِي سارَ عَلَيْهَا واضِعو تلك الدِّراساتِ والأَنْظِمةِ، وَإِنْ كانَ هُنَاك بَعْضُ الفُقَهَاءِ كتَبوا في عِلْمِ النَظَرِيَّاتِ بِنَاءً عَلَى الأَبْوَابِ الفِقْهِيَّةِ المتَجَانِسَةِ، أَوْ القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ وحاولوا استقاءَ عناوينَ تلك النَّظرياتِ منها، ولكنَّ الغَالِبَ فِي عَنَاوِينِ النَّظَرِيَّاتِ الفقهية أَنْ تَكونَ موافِقَةً لعَنَاوِينَ الكِتَابَاتِ الحُقُوقِيَّةِ.

الثَّانِي: التَعْرِيفُ بعُنْوَانِ النَّظَرِيَّةِ؛ بِحَيْثُ يُعَرَّفُ بِهِ فِي اللُّغَةِ وَالِاصْطِلَاحِ، وَيُبَيَّنُ الفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا لَهُ بِهِ اتِّصَالٌ، وَتُذْكَرُ الخَصَائِصُ الَّتِي تَتعَلَّقُ بِذَلِك العُنْوَانِ.

الثَّالِثُ: بَيَانُ الأَجْزاءِ الخَاصَّةِ بالنَّظَرِيَّةِ؛ ومثالُ ذلك "نَظَرِيَّةُ الِالْتِزَامِ" يُذْكَرُ مِنْ أَرْكانِهَا: الملْتَزِمُ الَّذِي وَعَدَ غَيْرَهُ، أَوْ ضَمَنَ لِغَيْرِهِ أَنْ يَقُومَ بِعَمَلٍ مَا، وَالملْتَزَمُ لَهُ، وَنَوْعُ الِالْتِزَامِ، وَآثَارُ ذَلِك الِالْتِزَامِ، وَنَحْوُ ذلك[١].

الرَّابِعُ: ذكرُ الشُّرُوطِ المتَعَلِّقَةِ بِجُزْئِيَّاتِ النَّظَرِيَّةِ[٢].

الخَامِسُ: ذكرُ أَقْسامِ النَّظَرِيَّةِ، وَبيانُ الأَنْوَاعِ المنْدَرِجَةِ تَحْتَهَا، مَعَ بَيَانِ حُكمِ كلِّ نَوْعٍ مِنْهَا، وَيُؤْتَى بِالتَّقْسِيمَاتِ -عادةً- بِاعْتِبَارَاتٍ مُتَفَاوِتَةٍ وَمُخْتَلِفَةٍ.

السَّادِسُ: بيانُ الأَحْكامِ العَامَّةِ لِتِلْك النَّظَرِيَّاتِ؛ وذِكرُ مَا يَتَعَلَّقُ بِأَحكامِ كلِّ قِسْمٍ مِنْهَا.

---

(١) وَالرُّكْنَ جُزْءٌ مِنَ المَاهِيَّةِ، وَلَيْسَ أَمْرًا مُسْتَقِلًّا أَوْ خَارِجًا عَنْ ذَاتِها.

(٢) وَالملَاحَظُ أَنَّ الشُّرُوطَ أُمُورٌ سَابِقَةٌ لِلْمَشْرُوطِ، وتَحْصُلُ قَبْلَ حُصُولِهِ، بِخِلَافِ الرُّكْنِ فَإِنَّهُ جُزْءٌ مِنَ المَاهِيَّةِ كما سبق. وَمثاله فِي الصَّلَاةِ نَقُولُ: الوُضُوءُ شَرْطٌ؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ سَابِقٌ، بِخِلَافِ الرُّكُوعِ فَإِنَّهُ رُكْنٌ؛ لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنَ الصَّلَاةِ.

السَّابِعُ: ذِكرُ آثَارِ النَّظَرِيَّةِ، وَمَا يَتَرَتَّبُ عليها حالَ وجودِ تَصَرُّفَاتٍ تَنْدَرِجُ تَحْتَها، ومثالُه: «نَظَرِيَّةُ الحَقِّ» لَهَا آثَارٌ مُتَرَتِّبَةٌ عليها؛ ومِنْ تلك الآثارِ: وُجُوبُ أَدَاءِ الحُقُوقِ والمحَافَظَةِ عَلَيْهَا، وَكيْفِيَّةُ تَوْثِيقِها، وَالآثَارُ المتَرَتِّبَةُ على عَدَمِ أَدَائِهَا، وَنَحْوِ ذَلِك.

الثَّامِنُ: المقَارَنَةُ بَيْنَ الدِّرَاسَةِ الشرعية وَالدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ، وقَدْ تكونُ المقَارَنَةُ مِنْ جِهَةِ التَّرْتِيبِ، أَوْ التَّقْسِيمِ، أَوْ الأَحْكامِ.

وَقَدْ اختلفتْ مَناهجُ المؤلفينَ الَّذِينَ يَكتُبُونَ فِي النظريات الفقهية: فَمِنْهُمْ مَنْ يُعْنى بتلك المقارنةِ بَيْنَ الدِّرَاسَةِ الفِقْهِيَّةِ وَالدِّرَاسَةِ الحُقُوقِيَّةِ في كلِّ جُزْئِيَّةٍ من الجُزْئِيَّاتِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يُؤَخِّرُ تلك المقارنةَ لِتكونَ فِي آخِرِ الدِّرَاسَةِ النَّظَرِيَّةِ.

مصادِرُ الكتابةِ في عِلْمِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ:

اعْتَمَدَ الفُقَهَاءُ الَّذِينَ كتَبُوا فِي بابِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ على أُصُولٍ مُعَيَّنَةٍ انطلقوا مِنْهَا فِي كتَابَاتِهِمْ واسْتَمَدُّوا مِنْها تلك الكتاباتِ:

أَوَّلًا: اخْتِيَارُ عُنْوَانِ النَّظَرِيَّةِ، وَالغَالِبُ فِي هَذا العُنْوانِ -كما تَقَدَّمَ[1]- أَنَّ يكونَ مَأْخُوذاً مِنَ الدِّرَاسَاتِ الحُقُوقِيَّةِ، وَالفُصُولِ والأَنْظِمَةِ القانونيةِ، وَمِثْلُهُ أَيضاً مَا يَتَعَلَّقُ بِالتَّقْسِيمَاتِ، وَأَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِلتَّعْرِيفِ وَالأَنْوَاعِ فَيَحْرِصُونَ فِيهِ عَلَى ذِكرِ المقَارَنَةِ بَيْنَ طَرِيقَةِ الفُقَهَاءِ الشرعيين وَبَيْنَ الكتَّابِ الحُقُوقِيِّينَ.

ثانياً: تَقْوِيمُ هَذِهِ الكِتَابَاتِ، والاستنادُ في ذلك إلى الأَدِلَّةِ الشرعية الَّتِي يُمْكنُ إِعادَتُهَا إِلَى أَرْبَعَةِ أَدِلَّةٍ:

الأَوَّل: النَّصُّ مِنَ القُرْآنِ وَالسُّنَّةِ؛ فالقُرْآنُ وَالسُّنَّةُ هما الحَاكمَانِ عَلَى غَيْرِهِمَا كما هو معلومٌ، وَقَدْ جَاءَتِ النُّصُوصُ المتواتِرةُ في وجوبِ تَحْكيمِ هَذَيْنِ الأَصْلَيْنِ العَظِيمَيْنِ؛

(١) انظر: ما سَبَقَ قريباً - ص٣٢.

فقَالَ تَعَالَى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾(١)، وَقَالَ سُبْحَانَهُ: ﴿فَإِن تَنَٰزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾(٢)، وَقَالَ سُبْحَانَهُ: ﴿وَمَا ٱخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِن شَيْءٍ فَحُكْمُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِ﴾(٣)، وَقَالَ جَلَّ وَعَلَا: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ ٱلْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ۗ وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَٰلًا مُّبِينًا﴾(٤).

الثَّانِي: الإجماع؛ فَإِذَا وَقَعَ اتِّفَاقٌ مِنْ عُلَمَاءِ الشريعة عَلَى أَمْرٍ مِن الأُمورِ، فَإِنَّ إِجْمَاعَهُمْ حُجَّةٌ مُلْزِمَةٌ(٥)، كمَا دَلَّتْ عَلَى ذَلِك النُّصُوصُ الشرعية من الكتَابِ وَالسُّنَّةِ، ومن ذلك قولُ اللهِ تَعَالَى: ﴿فَإِن تَنَٰزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ﴾، فدَلَّ ذلك عَلَى أَنَّهُ عِنْدَ الِاتِّفَاقِ يَكفِي التَّسْلِيمُ بِذَلِك الِاتِّفَاقِ، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ أَيْضاً قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ ٱلْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِۦ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِۦ جَهَنَّمَ

---

(١) سورة النساء، الآية [٦٥].

(٢) سورة النساء، الآية [٥٩].

(٣) سورة الشورى، الآية [١٠].

(٤) سورة الأحزاب، الآية [٣٦].

(٥) الإجماعُ في اللغةِ: العزمُ والاتفاقُ، وفي الشرعِ: هُوَ اتِّفَاقُ مُجْتَهِدِي أُمَّةِ مُحَمَّدٍ ﷺ بَعْدَ وَفَاتِهِ في حَادِثَةٍ في عَصْرٍ مِن العُصُوْرِ على حكم شرعي.

انظر: "اللمع" لأبي إسحاقَ للشيرازيِّ - ص٤٧، و"الإحكام" للآمدي - (١/ ٢٥٤)، و"المنهاج مع شرحه الإبهاج" لِلسبكيِّ -(٢/ ٣٤٩)، و"البحر المحيط" للزركشيِّ - (٣/ ٤٨٧)، "التحبير شرح التحرير" للمرداويِّ - (٤/ ١٥٢٢)، و"التقرير والتحبير" لابن أمير حاج الحلبيِّ الحنفيِّ - (٣/ ١٠٦)، و"إرشاد الفحول" للشوكانيِّ - (١/ ١٩٣)، وغيرها، وانظر من مؤلفاتي: شرح المختصر لابن اللحام، وشرح الورقات، وشرح رسالة لطيفة لابن سعدي.

وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾(١)، وَقَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَٱتَّبِعْ سَبِيلَ مَنْ أَنَابَ إِلَيَّ﴾(٢)، وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: **(لا تزالُ طائفةٌ من أمتي ظاهرينَ عَلَى النَّاسِ حتى يأتيَهم أمرُ اللهِ وهم ظاهرونَ)**(٣)، وَقَوْلهُ ﷺ: **(لَا تَجْتَمِعُ أُمَّتِي عَلَى ضَلَالَةٍ)**(٤).

الثَّالِثُ: القِيَاسُ؛ فَإِنَّ الشريعة قَدْ جَاءَتْ بِإِعْطَاءِ المتَمَاثِلَاتِ فِي مَعَانِيهَا أَحْكامًا مُتَسَاوِيةً؛ لِأَنَّ الشريعة عَادِلَةٌ، وَمِنْ مقتضى عَدْلِهَا أَنْ تُعْطِيَ المتَمَاثِلَاتِ أَحكامًا مُتَسَاوِيةً، قَالَ تَعَالَى: ﴿ٱللَّهُ ٱلَّذِىٓ أَنزَلَ ٱلْكِتَـٰبَ بِٱلْحَقِّ وَٱلْمِيزَانَ﴾(٥). وَالمرَادُ بِالمِيزَانِ إِعْطَاءُ المتَسَاوِيَاتِ أَحْكامًا مُتَمَاثِلَةً(٦)، وَيَدُلُّ عَلَى ذَلِك أَنَّ النُّصُوصَ الشرعية قَدِ اسْتَعْمَلَتِ القِيَاسَ، فَهُنَاكَ العَدِيدُ مِنَ الأَدِلَةِ القُرْآنِيَّةِ المَبْنِيَّةِ عَلَى اسْتِعْمَالِ القِيَاسِ، وَمِنْ ذلك قِيَاسُ اللهِ جَلَّ وَعَلَا بَعْثَ الأَجْسَادِ في النَّشْأَةِ الثانيةِ عَلَى خَلْقِها في النَّشْأَةِ الأُولَى، وَقِيَاسُه

---

(١) سورة النساء، الآية [١١٥].

(٢) سورة لقمان، الآية [١٥].

(٣) أخرجه البخاريُّ في "الصحيح" "كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة - باب قول النبي ﷺ: **(لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق)** - (٦٨٨١)، ومسلم في " الصحيح " "كتاب الإمارة - باب قَوْلِهِ ﷺ: **(لاَ تَزَالُ طَائِفَةٌ مِنْ أُمَّتِى ظَاهِرِينَ عَلَى الحَقِّ لاَ يَضُرُّهُمْ مَنْ خَالَفَهُمْ)** - (٥٠٦١): من حَدِيْثِ الْمُغِيرَةَ بْنَ شُعْبَةَ -رضي الله عنه- .

(٤) أخرجه ابن ماجه في كتاب الفتن- باب السواد الأعظم (٣٩٥٠)، من حديث أنس، وأخرجه أحمد ٣٩٦/٦ من حديث أبي بصرة، والدارمي (٥٤) عن عمرو بن قيس، وقد جمعت طرقه في التعليق على كتابي "قوادح الإجماع".

(٥) سورة الشورى، الآية [١٧].

(٦) قال شيخُ الإسلامِ ابنُ تَيْمِيَّةَ رحمه الله في "مجموعِ الفتاوى"- (/ ٥٠٤-٥٠٥): «فَالْقِيَاسُ الصَّحِيحُ هُوَ الَّذِي وَرَدَتْ بِهِ الشريعة وَهُوَ الْجَمْعُ بَيْنَ الْمُتَمَاثِلَيْنِ وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمُخْتَلِفَيْنِ، الْأَوَّلُ قِيَاسُ الطَّرْدِ، وَالثَّانِي قِيَاسُ الْعَكْسِ، وَهُوَ مِنْ الْعَدْلِ الَّذِي بَعَثَ اللَّهُ بِهِ رَسُولَهُ».

سبحانهُ حياةَ الأَمواتِ بعدَ الموتِ على حياةِ الأرضِ بعد موتِهَا بالنَّباتِ(١).

وَهَكَذَا اسْتَعْمَلَ النَّبِيُّ ﷺ القِيَاسَ فِي عَدَدٍ مِنَ الأَحَادِيثِ: وَمِنْهَا قِيَاسُهُ ﷺ القُبْلَةَ للصائمِ عَلَى المَضْمَضَةِ فِي عَدَمِ حُصُولِ الفِطْرِ بِهَا؛ بِجَامِعِ أَنَّ كلًّا مِنْهُمَا مُقَدِّمَةٌ لِلْفِطْرِ، لَكنَّهُ لَا يَحْصُلُ بِهِ إِفْطَارٌ وذلك كما في حديثِ: **(أَرَأَيْتَ لَوْ تَمَضْمَضْتَ)**(٢).

وَيَدُلُّ عَلَى ذَلِك: إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رِضْوَانُ اللهِ عَلَيْهِمْ عَلَى اسْتِعْمَالِ القِيَاسِ، وَالِاسْتِدْلَالِ بِهِ فِي وَقَائِعَ كثِيرَةٍ(٣).

الرَّابِعُ:الأَدِلَّةُ المختَلَفُ فِيهَا: فَإِنَّ هُنَاك عَدَدًا مِنَ الأَدِلَّةِ قد وَقَعَ الِاخْتِلَافُ بَيْنَ فُقَهَاءِ الشريعة فِي الِاسْتِدْلَالِ بِهَا، وقَدْ يَسْتَعْمِلُ المؤلفونَ في عِلْمِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ هَذِهِ الأَدِلَّةَ

---

(١) انظر: "إِعلامَ الموقعينَ" لابنِ القَيِّمِ – (٢/٢٤٨-٣٣٥)، طبعة: دار ابن الجوزيِّ، والقطع والظن عند الأصوليين ٢/١٤٢.

(٢)أخرجه أبو داود في "السنن" - (٢/ ٢٨٤) (٢٣٨٧)، والنسائيُّ في "الكبرى" - (٢/ ١٩٨) (٣٠٤٨)، وابنُ أبي شيبةَ في "المصنف" - (٣/ ٦٠) (٩٤٩٨)، وأحمدُ في "المسند" - (١/ ٢٨٥) (١٣٨)، وعبدُ بنُ حُميدٍ في "المسند" (ص-٣٧) (٢١)، والطحاويُّ في "شرح معاني الآثار" - (٢/ ٨٩) (٣١١٧)، والبزار في "المسند" - (١/ ٣٥٢) (٢٣٦)، وابنُ خزيمةَ في "الصحيح " - (٣/ ٢٤٤) (١٩٩٩)، وابنُ حبانَ في "الصحيح" - (٨/٣١٣) (٣٥٤٤)، والحاكمُ في "المستدرك" - (١/ ٥٩٦) (١٥٧٢) - ومن طريقه البيهقيُّ في "الكبرى" - (٤/ ٢١٨) (٨٢٧٤)، والبيهقيُّ في "الكبرى" - (٤/ ٢٦١) (٨٥١٤)، والضياءُ في"المختارة" - (١/٦٥) (٩٩) و(١٠٠) كُلُّهم من طرق: عن الليث بن سعدٍ عن بكيرِ بنِ عبدِ اللهِ بن الأشجّ عن عبدِ الملكِ بنِ سعيدٍ عن جابرِ بنِ عبدِ اللهِ عن عمرَ بنِ الخطابِ رضي الله عنه به.

وصححه ابنُ المدينيِّ، وابنُ خزيمةَ ،وابنُ حبانَ، والحاكمُ، والطحاويُّ، والضياءُ المقدسيُّ، وابنُ كثيرٍ، والألبانيُّ، واستنكره النَّسائيُّ.

وانظر: "إِعلامَ الموقعينَ" –(٢/٣٣٥-٣٥٤).

(٣) المصدر نفسه –(٢/٣٥٤-٣٥٩).

المخْتَلَفَ فِيهَا فِي تَقْوِيمِ الكتَابَاتِ الحُقُوقِيَّةِ، وَمِنْ أَمْثِلَةِ هَذِهِ الأَدِلَّةِ: قَوْلُ الصَّحَابِيِّ، وَسَدُّ الذَّرَائِعِ، وَالمَصَالِحُ المرْسَلَةُ.

الخامس: الاستقراء الفقهي الذي قام به علماء الشريعة لترتيب الأحكام الشرعية ببيان حقائق هذه الأحكام وأركانها وشروطها وموانعها، ومن ذلك ما اعتنى به الفقهاء من كتابة قواعد الفقه وأصوله، وضوابط الأبواب.

السادس: كتب اللغة، في التعريف اللغوي بالمصطلحات الواردة في هذا الفن.

وبالتالي فمصادر المؤلفين في هذا العلم: هي الأدلة الشرعية، والكتابات الحقوقية والقانونية، والكتب الفقهية وكتب اللغة.

فَوَائِدُ الكتابَةِ فِي النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ:

هَلْ هُنَاك حَاجَةٌ دَاعِيَةٌ للكتابةِ فِي هَذا العِلمِ ؟ وَمَا هِيَ الفَوَائِدُ المتَرَتِّبَةُ عَلَى هَذِهِ الكتَابَاتِ ؟

سبقَ الكلامُ على مَسِيسِ الحاجةِ إلى الكتابةِ والتأليفِ في عِلمِ النَّظَرِيَّاتِ وبيانِ ما لِذلك الأَمرِ مِنْ عَظِيمِ الفائدةِ وجليلِ العائدةِ، ونَزيدُ الأَمر هنا بَسطاً فنقولُ: إِنَّ مِنْ أَظْهرِ الفوائِدِ المتَحَصِّلةِ من الكتابةِ في هذا العِلمِ ما يلي:

الأولى: تَيْسِيرُ البَحْثِ فِي الفِقْهِ عَلَى القَانُونِيِّينَ، فَإِنَّنَا عِنْدَمَا نَرْغَبُ في عَرْضِ الأَحْكامِ الفِقْهِيَّةِ المسْتَمَدَّةِ مِنَ النُّصُوصِ عَلَى البَاحِثِينَ فِي الدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ، لَا بُدَّ لنا من مُخَاطَبَتِهِمْ بِاصْطِلَاحَاتِهِمْ، وَمُخَاطَبَةُ النَّاسِ بِاصْطِلَاحَاتِهِمْ وَعَلَى وِفْقِ تَرْتِيبِهِمْ فِي التَّأْلِيفِ مِنَ الأُمُورِ الَّتِي لَاحَظَهَا عُلَمَاءُ الشريعة فِي عَدَدٍ مِنَ الفُنُونِ، وَمِنْ أَعْظَمِ أَمْثِلَةِ ذَلِك: مَا يَتَعَلَّقُ بِمَسَائِلِ العَقَائِدِ؛ حَيْثُ أَلَّفَ عُلَمَاءُ الشريعة كتَابَاتٍ وَمُؤَلَّفَاتٍ تَتَنَاوَلُ المسَائِلَ المتعَلِّقَةَ بِالنَّظَرِ إِلَى الخَالِقِ، أَوِ الكوْنِ، أَوِ الإِنْسَانِ، أَو غيرها، مُرَاعِينَ فِي ذَلِك الطَّرَائِقَ

الَّتِي سَارَ عَلَيْهَا البَاحِثُونَ فِي هَذِهِ الموضوعاتِ؛ مِنْ أَجْلِ تَيْسِيرِ وُصُولِ المَعْلُومَةِ الشرعية الصَّحِيحَةِ إِلَيْهِمْ(١).

الثَّانِيَة: تَعْزِيزُ الثِّقَةِ بالفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ؛ فَإِنَّهُ قد وُجِدَتْ فِي أَزْمَانِنَا الحَاضِرَةِ هَجَمَاتٌ جَائِرَةٌ كاذِبَةٌ مِنْ عَدَدٍ مِنَ المسْتَشْرِقِينَ تجاهَ التشريع الإِسْلَامِيِّ، وَتَلَقَّفَ هَذِهِ الكتَابَاتِ عَدَدٌ مِمَّنْ يَنْتَسِبُ إِلَى هَذَا الدِّينِ وَاسْتَجَرُّوا هَذِهِ الكتَابَاتِ وَأَعَادُوا صِيَاغَتَهَا بِصِيَاغَاتٍ مَحَلِّيَّةٍ؛ لِيُوهِمُوا النَّاسَ أَنَّ الدِّرَاسَةَ القَانُونِيَّةَ هِيَ الدِّرَاسَةُ المكتَمِلَةُ وَالوَافِيَةُ وَالمحَقِّقَةُ لِمَصَالِحِ الخَلْقِ، مَعَ تَلْمِيحٍ وَتَرْغِيبٍ لِلنَّاسِ فِي تَرْكِ الدِّرَاسَاتِ الفِقْهِيَّةِ، ومِنْ ثَمَّ فَعَرْضُ الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ بهذِهِ الصِّيَاغةِ الجديدةِ يحصل بِهِ تَعْزِيزٌ لِلثِّقَةِ بِالدِّرَاسَاتِ الفِقْهِيَّةِ(٢).

الثَّالِثَة: أَنَّ هَذِهِ الكتَابَاتِ وَسِيلَةٌ لِلدَّعْوَةِ إِلَى اللهِ؛ فَإِنَّهَا تُعَرِّفُ النَّاسَ بشريعة رَبِّ العِزَّةِ وَالجَلَالِ، وَتَدْعُوهُمْ إِلَيْهَا، وَتُبَيِّنُ لهم مَزَايَا أَحْكَامِهَا.

---

(١) ومِنْ هذا البابِ قولُ شيخِ الإسلامِ العُجابِ في "درءِ التعارضِ" - (١/ ٢٧): «وأَمَّا مُخَاطَبَةُ أَهْلِ الاصْطلاحِ باصْطِلَاحِهِمْ ولُغَتِهِمْ فليس بمكروهٍ إذا احْتِيجَ إلي ذلكَ وكانت المعاني صحيحةً كمخاطبةِ العجمِ من الرُّوْمِ والفُرْسِ والتُّرْكِ بِلُغَتِهِمْ وعُرْفِهِم فَإِنَّ هذا جائزٌ حسنٌ للحاجةِ وإِنَّمَا كَرِهَه الأئمةُ إذا لم يُحْتَجْ إليه، ولهذا قَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِأُمِّ خَالِدٍ بِنْتِ خَالِدِ بْنِ سَعِيدِ بْنِ الْعَاصِ، وَكَانَتْ صَغِيرَةً وُلِدَتْ بِأَرْضِ الْحَبَشَةِ؛ لِأَنَّ أَبَاهَا كَانَ مِنْ الْمُهَاجِرِينَ إِلَيْهَا، فَقَالَ لَهَا: **(يَا أُمَّ خَالِدٍ هَذَا سَنَا)** وَالسَّنَا بِلِسَانِ الْحَبَشَةِ الْحَسَنُ؛ لِأَنَّهَا كَانَتْ مِنْ أَهْلِ هَذِهِ اللُّغَةِ.

وَكَذَلِكَ يُتَرْجَمُ الْقُرْآنُ - أي تفسيره - وَالْحَدِيثُ لِمَنْ يَحْتَاجُ إِلَى تَفْهِيمِهِ إِيَّاهُ بِالتَّرْجَمَةِ، وَلِذَلِكَ يَقْرَأُ الْمُسْلِمُ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنْ كُتُبِ الْأُمَمِ، وَكَلَامِهِمْ بِلُغَتِهِمْ، وَيُتَرْجِمُهَا بِالْعَرَبِيَّةِ، كَمَا أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ زَيدَ ابْنَ ثَابِتٍ أَنْ يَتَعَلَّمَ كِتَابَ الْيَهُودِ لِيَقْرَأَ لَهُ وَيَكْتُبَ لَهُ ذَلِكَ، حَيْثُ لَمْ يَأْمَنْ مِنَ الْيَهُودِ عَلَيْهِ...».

وانظر: "مجموع الفتاوى" - (٤٧/ ١٠٩)، و"مدارج السالكين" - (١/ ١٣٩).

(٢) انظر: ص٨.

الرابعة: التَّنْبِيهُ عَلَى أَسْرَارِ الشريعة، وَالحِكَمِ الَّتِي رَاعَتْهَا، وَالمَصَالِحِ، وَالمَقَاصِدِ الشرعية التي اشْتَمَلَتْ عليها؛ مِمَّا يُكسِبُ الإِنْسَانَ مَعْرِفَةً بِقَوَاعِدِ الشريعة العَامَّةِ، وَبِالمزَايَا العَظِيمَةِ الَّتِي احْتَوَتْ عَلَيْهَا أَحْكامُهَا.

الخَامِسَة: التَّعْرِيفُ بِالفَرْقِ بَيْنَ المسَائِلِ؛ فَإِنَّ عَدَدًا مِنَ الكتَّابِ يَأْتِي بِمَسَائِلَ مُتَشَابِهَةٍ فِي الصُّورَةِ فَيُعْطِيهَا حُكمًا وَاحِدًا، بَيْنَمَا نَجِدُ الشريعة قَدْ فَرَّقَتْ بَيْنَهَا بِنَاءً عَلَى أَسْبَابٍ تَقْتَضِي التَّفْرِيقَ بَيْنَ هَذِهِ المَسَائِلِ.

السادسة: كشْفُ الاتِّجَاهَاتِ العَامَّةِ لِلْفُقَهَاءِ؛ بِحَيْثُ تُعْرَفُ طَرَائِقُ أَهْلِ العِلْمِ فِي الدِّرَاسَاتِ الفِقْهِيَّةِ.

السابعة: إِبْرَازُ سَعَةِ الشريعة، وَالتَّعْرِيفُ بكمَالِهَا وشُمُولِها، وَأَنَّهَا مَا تَركتْ شَارِدَةً وَلَا وَارِدَةً إِلَّا وَقَدْ ذَكرَتْ أَحْكامَهَا.

الثامنة: إِثْبَاتُ اتِّساقِ الشريعة وانتِظامِهَا وَعَدَمِ تَعَارُضِهَا؛ فَإِنَّهُ مَا مِنْ مُتكلِّمٍ وَلَا مُؤَلِّفٍ يَتكلَّمُ أَو يَكتُبُ إِلَّا ويُوجَدُ فِي كلامِهِ أَو كتَابَتِهِ نَوْعُ تَعَارُضٍ وَتَنَاقُضٍ، بِخلافِ نُصُوصِ الوَحْيِ فَإِنَّها سالِمَةٌ مِنْ التعارُضِ والتَّناقُضِ، كمَا قَالَ سُبْحَانَهُ: ﴿**أَفَلَا يَتَدَبَّرُونَ ٱلْقُرْءَانَ ۚ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِندِ غَيْرِ ٱللَّهِ لَوَجَدُوا۟ فِيهِ ٱخْتِلَٰفًا كَثِيرًا**﴾(١).

التاسعة: تَكوِينُ المَلَكةِ الفِقْهِيَّةِ القَادِرَةِ عَلَى اسْتِخْرَاجِ الأَحْكامِ مِنْ أَدِلَّتِهَا؛ فَعِنْدَمَا يَتَدَرَّبُ الإِنْسَانُ عَلَى تَقْوِيمِ الكتَابَاتِ الحُقُوقِيَّةِ مِنْ خِلَالِ الأَدِلَّةِ الشرعية، يَتكوَّنُ لَدَيْهِ قُدْرَةٌ عَلَى اسْتِخْرَاجِ الأَحْكامِ مِنَ الأَدِلَّةِ.

ويظهرُ بذلك أَنَّ هُنَاك جملاً مِنَ الفَوَائِدِ وَالثَّمَرَاتِ والعوائدِ الَّتِي نَسْتَفِيدُهَا مِنَ الكتَابَةِ فِي بابِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ، وَالدِّرَاسَةِ لَهَا، وَالتَّأْلِيفِ فيها.

---

(١) سورة النساء، الآية [٨٢].

الأسْبَابُ الدَّاعِمَةُ لدِرَاسَةِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ:

وُجِدَ فِي عَصْرِنَا الحَاضِرِ عَدَدٌ مِنَ الأَسْبَابِ التي تَجْعَلُنَا نَلِجُ بَابَ الكتَابَةِ فِي النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ، وَتَجْعَلُ الحَاجَةَ مَاسَّةً إِلَى دِرَاسَتِها، وإِفْرادِها بالبحثِ والتَّأليفِ، ومِنْ أَهَمِّ تلك الأَسْبابِ:

أَوَّلًا: سُهُولَةُ الِاتِّصَالَاتِ وسُرْعَتُها؛ فَقَدْ أَصْبَحَ الِاتِّصَالُ بَيْنَ العَالَمَيْنِ الإِسْلَامِيِّ وَالغَرْبِيِّ سَهْلًا مَيْسُورًا، وَالكتَابَاتُ الَّتِي تكونُ فِي البُلْدانِ الغربيةِ تَصِلُ وتَنْتَشِرُ بِسُرْعَةٍ فائقَةٍ في البُلْدَانِ الإِسْلَامِيَّةِ، وَعَكسُه كذلك، وَمِنْ ثَمَّ فَإِنَّ هَذَا التَّوَاصُلَ يَجْعَلُنَا نَحْرِصُ عَلَى إِبْرَازِ الدِّرَاسَاتِ الفِقْهِيَّةِ المقَوِّمَةِ لِلدِّرَاسَاتِ الحُقُوقِيَّةِ.

ثَانِيًا: انْتِشَارُ سن الأَنْظِمَةِ بِجَمِيعِ البُلْدَانِ، فَقَلَّما تَجِدُ مَجالاً مِنْ مَجَالَاتِ الحَيَاةِ إِلَّا وَقَدْ وَضَعُوا له قوانينَ وأَنْظِمَةً، وَمِنْ هُنَا تَجِدُ الدَّوْلَةَ الوَاحِدَةَ تَشْتَمِلُ عَلَى مِئَاتٍ - بَلْ آلَافٍ - مِنْ هَذِهِ الأَنْظِمَةِ القَانُونِيَّةِ، وَمِنْ ثَمَّ فَإِنَّنَا نَحْتَاجُ إِلَى الكتَابَةِ فِي النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ؛ مِنْ أَجْلِ إِظْهَارِ النَّظْرَةِ الشرعية الإِسْلَامِيَّةِ والدِّرَاسَاتِ الفِقْهِيَّةَ فِيما يَتَعَلَّقُ بتلك المبَادِئِ القَانُونِيَّةِ.

ثالثاً: تَنَامِي الرَّغَبَاتِ المطالبةِ- بفَضْلِ اللهِ عَزَّ وَجَلَّ - بتَحْكِيمِ الشريعة، لاسِيَّما من أولئك الذينَ قَدْ جَرَّبُوا تَحْكِيمَ أُمُورٍ مُخَالِفَةٍ لَهَا، فَجَرَّتْ عَلَيْهِمُ الوَيْلَاتِ فِي دُنْيَاهُمْ، وَلَمْ تُحَقِّقْ مَا كانُوا يَصْبُونَ إِلَيْهِ مِنْ أَمْنٍ فِي مُجْتَمَعَاتِهِمْ، أَوْ رَغَدٍ فِي عَيْشِهِم؛ وَلِذَلِك فَإِنَّ تَنَامِي الرَّغَبَاتِ فِي تَحْكِيمِ الشريعة جَعَلَ دِرَاسَةَ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ مِنَ الأُمُورِ المطْلُوبَةِ.

رابعاً: مَا جَرَّتْهُ هذه الأَنْظِمَةُ الوضعيةُ، والقوانينُ العِلْمَانِيَّةُ عَلَى حَيَاةِ النَّاسِ مِنْ سُوءٍ وَشَرٍّ فِي جَمِيعِ مَجَالَاتِ الحَيَاةِ؛ ومن صورِ ذلك: تتابعُ الأَزْمَاتِ الِاقْتِصَادِيَّةِ الخَانِقَةِ، وَزِيَادَةُ نِسْبَةِ الفَقْرِ وكثْرةُ الفقراءِ، وَاتِّساعُ الهُوَّةِ بَيْنَ أَفْرَادِ المجْتَمَعَاتِ فِي مُمْتَلَكاتِهِمْ، وتَفَكك الأُسَرِ والمجْتَمَعَاتِ، وَارتفاعُ مُعَدَّلَاتِ الجَرِيمَةِ، وغَيْرُ ذَلِك مِنَ المظَاهِرِ السَيِّئَةِ التي جَرَّتْهَا هَذِهِ الأَنْظِمَةُ القَانُونِيَّةُ.

خامساً: النَّظْرَةُ الازْدِوَاجِيَّةُ في وَسَائِلِ الإِعْلَامِ ، وَالاسْتِغْلَالُ السَّيِّءُ لَهَا مِنَ قِبَلِ المشَارِكينَ فِيها ، وما تَبعَ ذلك مِنْ بَيْعٍ لِلذِّمَمِ مِنْ أَجْلِ الثَّنَاءِ والمدحِ لِكلِّ مَا هُوَ غَرْبِيٌّ ، وَالذمِّ والقَدْحِ فِي كلِّ مَا يُقَابِلُهُ ، وَمِنْ ثَمَّ تَظْهرُ الحاجةُ إِلَى إِبْرَازِ الدِّرَاسَاتِ الفِقْهِيَّةِ فِي المسَائِلِ الحُقُوقِيَّةِ ، مَعَ بَيَانِ مَزَايَا النَّظْرَةِ الإِسْلَامِيَّةِ فِيهَا .

سادساً: وُجُودُ أَصْوَاتٍ انهِزَامِيَّةٍ تَدْعُو لِنَبْذِ الشريعة وَعَدَمِ تَحْكيمِهَا ؛ سَوَاءٌ كانَتْ نَاتِجَةً مِنْ ضَعْفٍ فِي التَّأْصِيلِ الإِسْلَامِيِّ ، أَوْ كانَتْ بِسَبَبِ النَّظَرِ إِلَى الصُّوَرِ الظَّاهِرَةِ دونَ التَّحْقِيقِ فِي الأُمُورِ الباطِنَةِ ، أَوْ كانَتْ بِسَبَبِ الرَّغَبَاتِ الشَّخْصِيَّةِ فِي تَحْقِيقِ أَمْجَادٍ دُنْيَوِيَّةٍ تدفعُ ضِعافَ الإِيمانِ مِنْ بني الإِنْسَانِ لأَخْذِ الأَمْوَالِ مُقابلَ إِخْفاءِ وَجْهِ الحَقِّ والحَقِيقَةِ .

وَمِنْ أَعْظَمِ الإِشْكالَاتِ المتَّصِلَةِ بِهَذَا الجَانِبِ أَيْضاً: وُجُودُ مَنْ يُحَاوِلُ إِلْبَاسَ الدِّرَاسَاتِ الحُقُوقِيَّةِ الجَائِرَةِ اللِّبَاسَ الإِسْلَامِيَّ ، مِنْ خِلَالِ تَصْوِيرٍ خَاطِئٍ لِهَذِهِ المبَادِئِ ، أو الزعم أن بعض النظريات القانونية الخاطئة موافقة للشريعة ، وَنَحْنُ نَجِدُ أَمْثِلَةَ هَذَا كثِيرَةً فِي بَعْضِ الكتَابَاتِ ؛ سَوَاءٌ كانَتْ فِي أُمُورِ المعْتَقَدِ كقولِ بَعْضِهم: اشْتِرَاكيَّةُ الإِسْلَامِ أَوِ اشْتِرَاكيَّةُ أَبِي ذَرٍّ . أَوْ كانَتْ فِي السُّلُوكيَّاتِ: كقولِ بَعْضِهم الآخر: الرَّقْصُ الإِسْلَامِيُّ ، وَالموسِيقَى الإِسْلَامِيَّةُ ، وَنَحْوُ ذَلِك .

تنبِيهاتٌ مُهِمَّاتٌ على الهفواتِ التي يَقعُ فيها بعضُ كتَّابِ النَّظرِيَّاتِ:

قَبْلَ الشروعِ فِي أَبْوَابِ النَّظَرِيَّاتِ ، نُنَبِّهُ عَلَى عَدَدٍ مِنَ الأُمُورِ الَّتِي يَقَعُ فِيهَا بَعْضُ الكتَّابِ فِي النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ ، بِحَيْثُ تَجْعَلُهُمْ لَا يَصْدُرُونَ في كتاباتِهم عَن تَوَجُّهٍ شَرْعِيٍّ صَحِيحٍ :

الأَوَّلُ: مُحاولةُ بَعْضِ المؤلفينَ أَنْ يُصَوِّرَ لِغَيْرِهِ أَنَّ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةَ تَتَمكنُ مِنْ إِظْهَارِ الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ بكماله ؛ وهو أَمْرٌ غَيرُ صَحِيحٍ ، وذلك لِأَنَّ الكتَابَةَ فِي النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ كتَابَةٌ مُجْتَزَأَةٌ غَيْرُ وَافِيَةِ المعَالِمِ؛ باعتبارِهَا مَبْنِيَّةً عَلَى دِرَاسَةِ الفَرْقِ بَيْنَ النَّظْرَةِ القَانُونِيَّةِ

وَالحُكمِ الشرعيِّ، وَمِنْ ثَمَّ فَلَنْ يَكونَ لَهَا الشُّمُولِيَّةُ المطلوبةُ فِي دِرَاسَةِ جَمِيعِ المَسَائِلِ الفِقهِيَّةِ، بِخِلَافِ الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ؛ فَإِنَّهُ فِقْهٌ مُتكامِلٌ يَعْرِضُ لِلْمَسَائِلِ الفِقْهِيَّةِ مِنْ جَمِيعِ جَوَانِبِهَا.

فمثلاً: إِذَا نَظَرْتَ إِلَى أَيٍّ مِن المخْتَصَرَاتِ الفِقْهِيَّةِ فِي كلِّ مَذْهَبٍ لوَجَدْتَ العَجَبَ العُجَابَ فِيمَا اشْتَمَلَتْ عَلَيْهِ تلك المخْتَصَراتُ مِنْ مَسَائِلَ: فَلَوْ تَأَمَّلَ الباحِثُ -مَثلاً- فِي كتَابِ «زَادِ المسْتَقْنِعِ» لِلْعَلَّامَةِ الحِجَّاوِيِّ لَرآى فيه عجباً، فَإِنَّهُ مَعَ صِغَرِ حَجْمِهِ قَدْ اشْتَمَلَ عَلَى تَفَاصِيلَ وَجُزْئِيَّاتٍ عَدِيدَةٍ فِي حَيَاةِ النَّاسِ، يُسْتَغْرَبُ مَعه كيْفَ اشْتَمَلَ عَلَيْهَا مِثْلُ هَذَا المخْتَصَرِ، فكيف بالمدونات الفقهية الموسوعية.

الثَّانِي: مُحاولةُ بَعْضِهِم أَنْ يُصَوِّرَ أَنَّ مِنْ المُمْكنِ بناءَ القَضَاءِ عَلَى الدِّرَاسَةِ المتَعَلِّقَةِ بِالنَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ، وَهَذَا أَمْرٌ خَاطِئٌ أَيْضًا؛ فَإِنَّ القَضَاءَ الإِسْلَامِيَّ لَا يُمْكنُ أَنْ يُجْعَلَ مُعْتَمِداً عَلَى الدِّرَاسَاتِ المتَعَلِّقَةِ بِالنَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ وَحْدَهَا، بَلِ اعْتِمَادُ القَضَاءِ عَلَى هَذِهِ النَّظَرِيَّاتِ يَجْعَلُهُ قَرِيبَ الشَّبَهِ بِالقَضَاءِ الَّذِي يَعْتَمِدُ عَلَى القَوَانِينَ الوَضْعِيَّةِ الَّتِي لَا يَجُوزُ تَحْكِيمُهَا، مَعَ أَنَّ المقصودَ بِدِرَاسَةِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ -كما سبقت الإِشَارَةُ إِليه- هو: بيانُ النَّظْرَةِ الشرعية الإِسْلَامِيَّةِ فِي هَذِهِ الموضوعاتِ القَانُونِيَّةِ.

وَلذلك فَلَيس مِن الجائز أَنْ نُوافِقَ أُولَئِك الَّذِينَ يُطَالِبُونَ بِأَنْ تَكونَ هَذِهِ النَّظَرِيَّاتُ الفِقْهِيَّةُ مَرْجِعَ القُضَاةِ فِيمَا يَسِيرُونَ عَلَيْهِ فِي أَحْكامِهِمُ القَضَائِيَّةِ.

الثَّالِثُ: أَنَّ بَعْضَ الكتَّابِ فِي النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ يختار أَقْوَالًا فِقْهِيَّةً تَتَوَافَقُ مَعَ مَا يُقَرِّرُهُ أَهْلُ القَوَانِينَ، وَفِي هَذَا مُخَالَفَةٌ لِمَا جَاءَتْ بِهِ الشريعة مِنْ وُجُوبِ التَّرْجِيحِ بَيْنَ الأَقْوَالِ؛ بِنَاءً عَلَى اسْتِيْفاءِ النَّظَرِ فِي الأَدِلَّةِ الشرعية، إِذْ اخْتِيَارُ الأَقْوَالِ المرْجُوحَةِ - وَلَوْ كانَتْ شَاذَّةً - مِنْ أَجْلِ مُوَافَقَتِهَا لتِلْك النَّظَرَاتِ القَانُونِيَّةِ يُعْتَبَرُ جِنَايَةً عَلَى الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ؛ بَلْ ويُعَدُّ مِنْ التسويغِ الباطِلِ لِتلك الْكتَابَاتِ القَانُونِيَّةِ الجَائِرَةِ، وَلا يَعْدو أَنْ يكونَ نَظْرَةً انْهِزَامِيَّةً غَيْرَ مَقْبُولَةٍ وَلَا مُبَرَّرَةٍ.

الرَّابعُ: مُحاولةُ بَعْضِ الكتَّابِ أَنْ يَجْعَلَ الكتَابَةَ فِي النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ هِيَ الأَصْلَ، بَلْ ويُحَاوِلُ بَعْضُهُمْ أَنْ يَجْعَلَ الكتَابَاتِ فِي النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ كافِيَةً وَمُغْنِيَةً عَنِ الكتَابَاتِ الفِقْهِيَّةِ، وَهَذِهِ نَظْرَةٌ خَاطِئَةٌ، وذلك لأَنَّ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةَ إِنَّمَا احْتِيجَ إِلَيْهَا فِي ظُرُوفٍ مُعَيَّنَةٍ وأَحوالٍ خاصةٍ وَجَدْنَا فِيهَا التَّوَجُّهَ القَضَائِيَّ فِي عَدَدٍ مِنَ الدُّوَلِ الإِسْلَامِيَّةِ يَنْحُو نَاحِيَةَ القَوَانِينِ الوَضْعِيَّةِ.

وَمِنْ ثَمَّ فَإِنَّ هَذِهِ الكتَابَاتِ المتَعَلِّقَةَ بِالنَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ لَيْسَتْ هِيَ الأَصْلَ، وَإِنَّمَا هِيَ بِمَثَابَةِ الرُّدُودِ الكاشفةِ عن حقيقة تِلْك الكتَابَاتِ القَانُونِيَّةِ.

الفَرْقُ بَيْنَ الدِّرَاسَةِ الفِقْهِيَّةِ عند فُقَهَاءِ الشريعة، وَالكتابَةِ فِي النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ[1]:

من أَظْهرِ الفروقِ بين طبيعةِ الكتاباتِ في هذينِ البابينِ -الدِّرَاسَةِ الفِقْهِيَّةِ وَالكتَابَةِ فِي النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ- :

أَنَّ الدِّرَاسَةَ الفِقْهِيَّةَ وكتَابَاتِ الفُقَهَاءِ فيها لم تكنْ قاصرةً عَلَى قَضَايَا الخُصُومَاتِ، وكيْفِيَّةِ التَّعَامُلِ بَيْنَ الأَشْخاصِ المخْتَلِفِيْنَ فَحسبْ، وإِنَّما تَجاوزتْ ذَلِك إِلَى العِنايةِ بِبَحثِ المَسَائِلِ الشَّخْصِيَّةِ، وَمِنْ ثَمَّ فإِنَّنا نَجدُ أَنَّ الفُقَهَاءَ قَدْ يَحْكمُونَ فِي المسْأَلَةِ مِنْ جِهَتَيْنِ: جِهَةِ الدِّيانةِ وهي ناحيةٌ شَخصيّةٌ كما هو مَعْلومٌ، وَمِنْ الجِهَةِ القَضَائِيَّةِ.

وَمِنْ أَمْثِلَةِ ذَلِك: ما لَوْ طَلَّقَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ وَهِيَ تَسْمَعُ، ثُمَّ أنكر الزوج الطلاق ولَمْ تَجِدْ شُهُودًا يَشْهَدُونَ بِإِثْبَاتِ ذَلِك الطَّلَاقِ، فَإِنَّ القَضَاءَ يَقْضِي بِبَقاءِ الزوْجِيَّةِ وأَنَّ هَذِهِ المرْأَةَ لا تَزالُ زَوْجَةً لِذلك الرَّجُلِ، ولَكنْ مِنْ جِهَةِ الدِّيَانَةِ يَقُولُونَ: لَا يَثْبُتُ حُكمُ هَذَا الزَّوَاجِ في حَقِّ مَنْ عَلِمَ بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ مِنَ الزَّوْجَيْنِ، وَلِذلك لَا يجوز لِلزَّوْجِ أَنْ يَبْقَى مَعَ

---

(١) لمزيدٍ من الفائدةِ يمكنُ الرَّبطُ بينَ مَا ذُكِرُ هنا وما تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ في مَبْحَثِ الفَرْقِ بَيْنَ الدِّرَاسَةِ القَانُونِيَّةِ وَالدِّرَاسَةِ الفِقْهِيَّةِ .

هَذِهِ الزَّوْجَةِ مَتى عَلِمَ أَنَّهُ قَدْ طَلَّقَهَا ، وَلَوْ لَمْ يُوجَدْ شُهُودٌ يَشهَدُونَ بِذَلِك ، وَهَكَذَا الزَّوْجَةُ لَا يجوز لَهَا البَقَاءُ مَعَ هَذَا الزَّوْجِ بَعْدَ وقوعِ الطَّلَاقِ مِنْهُ ، وَيَقُولُونَ : يَجِبُ عَلَيْهَا دِيَانَةً أَنْ تَسْعَى لِلتَّخَلُّصِ مِنْهُ بِوَاسِطَةِ الخُلْعِ ، فَتَفْتَدِيَ نَفْسَهَا مِنْهُ بِدَفْعِ عِوَضٍ .

ومن هذا البابِ أَيضاً ما يَتَعَلَّقُ بالعِنايَةِ بِجَوَانِبِ التَّعَلُّقِ بِاللهِ عَزَّ وَجَلَّ : فَإِنَّ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةَ تَبِعَتِ النَّظْرَةَ القَانُونِيَّةَ فِي الحُكمِ عَلَى المَسَائِلِ بِأَحْكامٍ ظَاهِرِيَّةٍ دونَ تحقيقٍ أَو الْتِفاتٍ للقضايا الباطِنِيَّةِ الجوهرِيَّةِ ، بِخِلَافِ كتَابَاتِ فُقَهَاءِ الشريعة ؛ فَإِنَّ عِنْدَهُمْ مِنْ العِنايةِ بِتَحْرِيك جَذْوَةِ الإِيمَانِ ، وَزِرَاعَةِ المَعَانِي الإِيمانيةِ المتعَلِّقَةِ بِاللهِ خَوْفًا وَرَجَاءً وَمَحَبَّةً ما لَا نَجِدُهُ وَاضِحًا وظَاهِرًا عِنْدَ دِرَاسَةِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ ، وَمِنْ ثَمَّ فَلَا يَصِحُّ الِاكتِفَاءُ بِهَذِهِ الكتَابَاتِ المتعَلِّقَةِ بِالنَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ بِدَعْوَى أَنَّهَا تُغْنِي عَنِ الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ .

وكمَا تَقَدَّمَ أَنَّ أَوائلَ الكتاباتِ في بابِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ كانَ السببُ في ظُهُورِهَا هو غزو المحْتَلِّ لِبعضِ بِلادِ الإسْلام وإِلْزامَ أَهْلِهَا بِتَحْكِيمِ القَوَانِينَ الوَضْعِيَّةِ ؛ وَلِذَلِك فَإِنَّ مِنْ أَوَائِلِ مَنْ كتَبَ فِي هَذَا الجَانِبِ : هم الفُقَهَاءُ الَّذِينَ وُجِدُوا فِي تلك الدُّوَلِ المحْتَلَّةِ وكانتْ قريبةَ عهدٍ بِهِ ، وَاحْتَاجُوا لِلتَّعَامُلِ مَعَ تلك الأَنْظِمَةِ وَالقَوَانِينِ المَوْجُودَةِ فِي بُلْدَانِهِمْ ومِنْ أَشْهَرِ مَنْ اعتنى بالكتابَةِ فِي هذا البابِ من المعاصرينَ الشيخُ مصطفى الزَّرْقَا[١] فِي كتَابِهِ «المدْخَلِ الفقهيِّ العامِ»[٢] ، وقد صَدَّرَ كتابه هذا واصِفاً إِيَّاهُ بِأَنَّهُ ثَوْبٌ جَدِيدٌ لِلْفِقْهِ

---

(١) هو الشيخ مصطفى بن العلامة الشيخ أحمد بن العلامة الشيخ محمد بن السيد عثمان بن الحاج محمد بن عبد القادر الزرقا ، من الفقهاءِ المعاصرينَ المشهورينَ ، وُلِدَ بمدينةِ حلب في عامِ ١٣٢٢ هـ الموافق ١٩٠٤م من أبويْنِ صالحينِ في بيت علمٍ وصلاحٍ فوالِدُهُ هو الفقيه الشيخ أحمد الزرقا مؤلّف شرحِ القواعدِ الفقهيةِ ، وجدُّهُ العلاّمة الكبيرُ الشيخُ محمد الزرقا ، وكلاهما من كبار علماء مذهب الأحناف ، في حلب الشهباء ، كانتْ وفاتُهُ في شهرِ ربيعِ الأولِ من سنة ١٤٢٠هـ .

انظر ترجمةً موسعةً له في مقدمَةِ "فتاوى الزرقا" .

(٢) طُبِعَ في جزأينِ وهو مِنْ مطبوعاتِ دار القلم بدمشق .

الإِسْلَامِيِّ ، وَكذا عَبْدُ الرَّزَّاقِ السَّنْهُورِيُّ[١] فِي عَدَدٍ مِنْ كتَابَاتِهِ ، ومِنْ أَشْهَرِهَا : « مَصَادِرِ الحَقِّ » ، وَقَدْ سَارَ عَلَى طَرِيقَتِهِمْ عَدَدٌ مِنَ الكتَّابِ وَالمؤَلِّفِينَ ، وقد حَاوَلَ بَعْضُهُمْ الكتَابَةَ فِي النَّظَرِيَّاتِ بِشَكلٍ مُجْمَلٍ ، وَحَاوَلَ آخرونَ أَنْ يَكتُبوا فِي نَظَرِيَّاتٍ مُسْتَقِلَّةٍ .

وبالنظر فيما سبق يتضح لنا أن أصل النظريات الفقهية هو النصوص الشرعية التي نزلت مرة واحدة فلا تطور في تأصيلها ، وإنما تستجد صور جديدة يمكن تطبيق قواعد النظرية عليها .

مَنَاهِجُ التَّأْلِيفِ فِي النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ:

إِنَّ النَّاظِرَ فِي واقِعِ كتاباتِ مَنْ اعتنى بالتأليفِ في بابِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ يَجِدُ أَنَّهُمْ قَدْ سَارُوا في تلك المؤَلَّفاتِ عَلَى إِحْدَى ثَلَاثِ طَرَائِقَ :

الأُولَى: الاعتمادُ على الكتَابَاتِ القَانُونِيَّةِ ، مَعَ مُحاولةِ إِدْخالِ النَّظْرَةِ الفِقْهِيَّةِ عليها ، وَلِهَذِهِ الطَّرِيقَةِ فوائدُ وعوائدُ إِلاَّ أَنَّه يَشوبُها أَمْرانِ يُعَكرانِ عليها :

---

(١) هو الدكتور : عبد الرزاق بن أحمد السنهوري ، من كبارِ علماءِ القانونِ المدنيِّ في عصره ، مصريٌّ وُلِدَ في الاسْكَنْدَرِيَّةِ سنةَ ١٣١٢هـ الموافق ١٨٩٥م ، وابتدأ حياتَه مُوظفاً في جمركها ، وتَخَرَّجَ بالحقوقِ في القاهرةِ سنة ١٩١٧م ، واخْتِيْرَ في بعثةٍ إلى فرنسا عام ١٩٢١م فَحَصَلَ على الدكتوراه في القانونِ والاقتصادِ والسياسةِ عام ١٩٢٦ ، وتولى وزارة المعارف بمصر عدة مرات ، ومنح لقب باشا ، واختير عضواً بمجمعِ اللُّغَةِ العربيةِ سنة ١٩٤٦م ، وعُيِّنَ رئيساً لمجلسِ الدولةِ بمصرَ سنة ١٩٤٩م – ١٩٥٤م ، واضْطُهِدَ مُدَّةً ، فَصَبَرَ ، وَوَضَعَ قوانينَ مدنيةً كثيرةً لمصرَ والعراقِ وسوريةَ وليبيا والكويتِ ، وحصل سنة ١٩٧٠م على جائزةِ الدولةِ التقديريةِ في العلومِ الاجتماعيةِ ، وتوفي بالقاهرة سنة١٣٩١هـ الموافق١٩٧١م ، ومن كتبه المطبوعة: "أصول القانون" ، و"نظرية العقد في الفقه الاسلامي" في ستة أجزاء ، و"الوسيط" في عشرة أجزاء في التشريع الاسلامي ، و"شرح القانون المدني في العقود" ، و"مصادر الحق في الفقه الاسلامي" في ستة أجزاء .

انظر: "الأعلام" للزركلي – (٣/ ٣٥٠) .

الأَوَّلُ: تَرْكيزُ هَذِهِ الكِتَابَاتِ عَلَى النَّظْرَةِ القَانُونِيَّةِ، وَإِتْيانُهم بِالكتَابَةِ الفِقْهِيَّةِ مِنْ خِلَالِ النَّظْرِ القَانُونِيِّ، وَالملاحظُ أَنَّ نَظرَ النَّاظِرِ إِلَى الفِقْهِ مِنْ خِلَالِ النَظرِ القَانُونِيِّ ابْتِداءً يَجْعَلُهُ قَاصِرَ النَّظْرِ لِكوْنِهِ لا يَنْظُرُ إِلَّا مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ؛ كحَالِ مَنْ يَنْظُرُ إِلَى ثِيَابِ النِّسَاءِ مِنْ خِلَالِ نَظْرَةِ الأَطْفَالِ لَهَا، أَوْ ثِيَابِ الرِّجَالِ، أَوْ ثِيَابِ شَعْبٍ مُعَيَّنٍ مِنْ خِلَالِ نَظْرَةِ شَعْبٍ آخَرَ لَا يَعْرِفُ قِيمَةَ تِلْك الثِّيَابِ، وَلَا الأَسْبَابَ الَّتِي مِنْ أَجْلِهَا اتَّخَذُوا هَذِهِ الأَنْوَاعَ مِنَ الثِّيَابِ.

الثَّانِي: أَنَّ مَنْ يَكتُبُ وفقَ هَذِهِ الطَّرِيقَةِ يَعتمِدُ -فِي الغَالِبِ- عَلَى الآرَاءِ الفِقْهِيَّةِ المتَنَاسِبَةِ مَعَ النَّظْرَةِ القَانُونِيَّةِ، وَلَا يُعْنى فِي دِرَاسَةِ هَذِهِ القَضَايَا بِالتَّأْصِيلِ الشَّرْعِيِّ المنْبَثِقِ مِنَ النُّصُوصِ لِهذهِ الدِّراسةِ.

الثَّانية: الِاعْتِمَادُ عَلَى الكتَابَاتِ الفِقْهِيَّةِ المجَرَّدَةِ؛ وذلك بِإِعادةِ صياغةِ الكتَابَاتِ الفِقْهِيَّةِ على نَمَطِ صِيَاغَةِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ، دونَ أَنْ يَكونَ هُنَاك مُقَارَنَةٌ بَيْنَ الدِّرَاسَاتِ الحُقُوقِيَّةِ وَالكتَابَاتِ الفِقْهِيَّةِ، وَهَذِهِ الطَّرِيقَةُ أَحْسَنُ مِنَ التي قبلها بِكثِيرٍ، ولهَا ثَمَرَاتٌ عَظِيمَةٌ، ولَكنَّهَا لَا تُحَقِّقُ جميع المقَاصِدِ وَالأَهْدَافِ الَّتِي نَسْعَى إِلَيْهَا مِنْ خِلَالِ الكتَابَةِ فِي النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ؛ كتَيْسِيْرِ البَحْثِ فِي المسَائِلِ وَالكتَابَاتِ الفِقْهِيَّةِ عَلَى القَانُونِيِّينَ، وتَعْزِيزِ الثِّقَةِ بالفِقْهِ الإِسلامِيِّ، وغيرِ ذلك من المقاصدِ المنْشُوْدَةِ مِن الكتابةِ والتأليفِ في هذا البابِ(١).

الثَّالِثَةُ: النَّظَرُ فِي الكتَابَاتِ القَانُونِيَّةِ مَعَ تَقْوِيمِهَا، وَإِعْطَاءُ التَّصَوُّرِ الإِسْلَامِيِّ المتكامِلِ عَنْ كلِّ مَا يَتَعَلَّقُ بِهَذِهِ النَّظَرِيَّاتِ، وَمِنْ مزايا هذهِ الطريقةِ أَنَّ الباحثَ لَا يَكونُ فيها أَسِيرَ العَنَاوِينِ القَانُونِيَّةِ المنْدَرِجَةِ تَحْتَ تِلْك القَاعِدَةِ حيثُ لَا يَتجاوزُها إلى غَيْرِهَا كمَا هو الشَّأْنُ فِي الطَّرِيقَةِ الأُولَى، وَيَتَمَكنُ في الوَقْتِ نَفْسِهِ مِنْ إِبْرَازِ المقَارَنَةِ بَيْنَ النَّظْرَتَيْنِ الشرعية الإِسْلَامِيَّةِ والقَانُونِيَّةِ، مَعَ إِعْطَاءِ التَّصوُّرِ الشرعي الوَاضحِ فِي جميع جزئيات المسَائِلِ المبْحُوثَةِ.

---

(١) انظر: ما تَقَدَّمَ في مبحثِ: "الغاية من التأليف في هذا العلمِ" ص-٢٦.

وَبِهَذِهِ الطَّرِيقَةِ نَتَمَكنُ مِنْ صَدِّ المحَاوَلَاتِ التَّغْرِيبِيَّةِ الَّتِي تُحَاوِلُ مَسخَ المسْلِمِينَ وتَسعى جاهِدةً في تَحْوِيْلِهِم إلى أُناسٍ قابلينَ لِكلِّ ما يَأْتِيهِمْ مِنْ غَيْرِهِمْ دونَ تَفْكِيرٍ أو تَقْوِيْمٍ.

ومِنْ الأُمورِ المهِمَّةِ التي ينبغي الإشارةُ إليها وقد سبق التنبيهُ عليها في مواضعَ مسأَلَةُ المقَارَنَةِ بَيْنَ النَّظْرَتَيْنِ الشرعية والقَانُونِيَّةِ فإِنَّها من الأَهَمِيَّةِ بمكانٍ عظيمٍ، والحاجةُ إليها كبيرةٌ، إذْ من المعلومِ لدى الخصوصِ والعمومِ أَنَّ مَنْ أَرادَ إصابةَ الحَقِّ في الحكمِ على أَيِّ عَملٍ من الأَعْمالِ فلَا بُدَّ له عندها مِنْ مقارنَتِهِ بِغَيْرِهِ لِيَسْتَبِيْنَ له صوابُ ذلك الحكمِ، ومِثالُ ذلك: ما لو جَاءَكَ عَامِلُ صِيَانَةٍ، أَوْ صَاحِبُ وَرْشَةِ سَيَّارَاتٍ مَثلاً، فَإِنَّك إِنْ نَظَرْتَ إِلَى عَمَلِهِ فَحَسْب؛ كانَ في نَظْرَتِك نوعُ قُصورٍ كما لا يخفى، وأَمَّا إِنْ قَارَنْتَهُ بِعَمَلِ غَيْرِهِ بِحَيْثُ تَكونُ المقَارَنَةُ مِنْ جِهَةِ مَا يَنْبَغِي مِنْهُ عَمَلُهُ لا منْ جِهَةِ مَا عَمِلَهُ وَحْده، فَحِينَئِذٍ تَكونُ النَّظرةُ أكمل.

وبما سبقَ بيانُهُ يَظْهَرُ لِكلِّ مُنْصِفٍ أَنَّنا اليَوْمَ في أَشَدِّ الحَاجَةِ إِلَى تِلْك الدِّرَاسَاتِ المتَعَلِّقَةِ بِالنَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ؛ لِنكتَشِفَ أَسْرَارَ الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ، وَنَقِيَ أَنْفُسَنَا مِن التَّبَعِيَّةِ المقيتَةِ لِمَنْ يُضْمِرُ لَنَا السُّوءَ والشر، ولِيَكونَ حَدِيثُ الإِنْسَانِ عَنْ مَعْرِفَةٍ ودِرايَةٍ بواقِعِهِ وَمُجْتَمَعِهِ، وَبِذلك يَكونُ قَدْ خَدَمَ دِينَ اللهِ خِدْمَةً عَظِيْمَةً وَكمَا تَقَدَّمَ أَنَّ وَسَائِلَ الإِعْلَامِ قَدْ وُجِدَ فِيهَا مَنْ يُحَاوِلُ اسْتِغْلَالَهَا لِصَدِّ النَّاسِ عَنْ دِينِ اللهِ، وَالنَّاسُ غالباً تَبَعٌ لِهَذِهِ الوَسَائِلِ الإِعْلَامِيَّةِ، ولِذلك فإِنَّ الضرورةَ داعيةٌ إِلَى كشْفِ عَوَارِ تِلْك الدَّعَوَاتِ؛ بِبَيَانِ أَنَّ مَا يَدْعُونَ إِلَيْهِ يُقَوِّضُ دَعَائِمَ المجْتَمَعِ المسْلِمِ ويزيلُ أَركانَهُ ويَهْدِمُ بُنْيانَهُ، وَيَأتِي على تِلْك الأَسْبَابَ الَّتِي جَعَلَتِ المجْتَمَعَ المسْلِمَ سَلِيمًا مِن الإِشْكالاتِ وَبَعِيدًا عَنْ الأَزَمَاتِ الَّتِي وَقَعَتْ فِيهَا المجْتَمَعَاتُ الغَرْبِيَّةُ، فَإِنَّ في تلك المجْتَمَعَاتِ غَيْرِ الإِسْلَامِيَّةِ مِنَ المَصَائِبِ والعَظَائِمِ مَا يجعلنا نكشِفُ عَوَارَ تِلْك الدَّعَوَاتِ الخَبِيثَةِ، الَّتِي تُحَاوِلُ تَغْرِيبَ الأُمَّةِ المسْلِمَةِ ومَسْخَها عَنْ طَرِيقِ صَدِّ النَّاسِ عَنِ النَّظَرَاتِ الفِقْهِيَّةِ وَالآرَاءِ الاجْتِهَادِيَّةِ فِي الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ.

من المؤلفات في النظريات الفقهية:

- "المدخل الفقهي العام" للشيخ مصطفى أحمد الزرقا.
- "النظريات الفقهية" للدكتور فتحي الدريني.
- "التنظير الفقهي" لجمال الدين عطية.
- النظريات العامة في الشريعة الإسلامية" لأحمد فهمي أبوسنة.
- "النظريات الفقهية" لمحمد الزحيلي.
- "المدخل لدراسة الفقه الإسلامي: نظرياته العامة" للدكتور أحمد الشافعي، والدكتور رمضان الشرنباصي والدكتور جابر الشافعي.
- "النظريات العامة في الفقه الإسلامي وتاريخه" للدكتور أحمد فراج حسين، والدكتور عبدالودود محمد السريتي.
- "المدخل لدراسة بعض النظريات في الفقه الإسلامي" للدكتور عبدالودود السريتي.
- "تاريخ النظريات الفقهية" لوائل حلاق.
- "نظرية التقعيد الفقهي وأثرها" لمحمد الروكي.
- "النظريات العامة في الفقه الإسلامي" لرمضان الشرنباصي.
- "نظرية الفقه في الإسلام – مدخل منهجي" لمحمد كمال الدين إمام.
- "النظريات الفقهية" لمحمود محمد حسن.
- "مفهوم النظرية الفقهية" لعبد الحق حميش.
- "فقه النظرية، والنظرية الفقهية" للدكتور عبدالله بن محمد السعيدي.

* * * *

الفصل الثاني
نَظَرِيَّةُ الالْتِزَامِ

أَهَمِيَّةُ نَظَرِيَّةِ الالتِزامِ[١]:

تُعْتَبَرُ نَظَرِيَّةُ الالتزامِ مِنْ أَهَمِّ النَّظَرِيَّاتِ فِي الدِّرَاسَاتِ الحُقُوقِيَّةِ، والسَّبَبُ في عَدِّ هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ واعتبارِها مِنْ أَهَمِّ النَّظَرِيَّاتِ عَدَدٌ مِنَ الأُمُورِ:

أَوَّلُهَا: أَنَّ هَذِهِ النَّظَرِيَّةَ تُمَثِّلُ العِمَادَ الذي يُنَظِّمُ العَلاقاتِ بينَ الأَشْخَاصِ، وَتُبَيِّنُ الأَسْبَابَ الَّتِي تُرَتِّبُ في الذِّمَمِ وَاجِبَاتٍ يجب أَدَاؤُهَا، ولِذلك فَإِنَّ الحُقُوقِيِّيْنَ يَقُولُونَ: إِنَّ هَذِهِ النَّظَرِيَّةَ مِنْ أَهَمِّ وَسَائِلِ الشَّخْصِ للمحافَظَةِ على حقوقِهِ فِي الحَيَاةِ[٢].

الثاني: أَنَّ هَذِهِ النَّظَرِيَّةَ عَلَيْهَا مُرْتكزُ الدِّراساتِ الحُقُوقِيَّةِ بِعامةٍ، وكثِيرٌ مِنْ مُفْرَدَاتِ وَمَوَادِّ القَانُونِ المدَنِيِّ، وَالتِّجَارِيِّ، وَالإِدَارِيِّ، مَبْناهَا على هذهِ النَّظَرِيَّةِ.

الثالث: أَنَّ كثِيرًا مِنَ الآثَارِ المتَرَتِّبَةِ عَلَى الِالْتِزَامِ قَدْ أُفْرِدتْ بالذِكرِ وجُعِلَ لَهَا قَوَاعِدُ وَنَظَرِيَّاتٌ خَاصَّةٌ؛ مِثْلَ الملْك، وَالعَقْدِ، وَنَحْوِهَا.

الرابع: ارتباط عدد كبير من قواعد القانون الدولي العام بنظرية الالتزام، كما في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية.

عِنَايةُ الشريعة بِهَذِهِ النَّظَرِيَّةِ:

اهتمت الشريعة بِرِعايةِ جانِبِ الالتِزَامِ وأَوْلَتْهُ مِنْ العِنايةِ ما يَلِيْقُ بِهِ، وَأَكدَتْ عَلَى وُجُوبِ أَدَاءِ المكلَّفِ لِمَا الْتَزَمَ بِهِ، وَأَوْجَبَتْ عَلَيهِ القيامَ بِآثَارِ أَفْعَالِهِ فَقَالَ تَعَالَى: ﴿وَأَن

---

(١) انظر: "الوجيز في النظرية العامة للالتزام" لعبد الرزاق أحمد السنهوري – ص١٣-١٤، طبعة منشأة المعارف، و"النظرية العامة للالتزامات-مصادر الالتزام" لأمجد محمد منصور – ص١٣-١٤، الدار العلمية للنشر والتوزيع-عمان-الأردن، الطبعة الأولى-٢٠٠١م، و"الالتزامات-القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي" لمحمد حاتم البيات وأيمن محمد أبو العيال- ص٢٨، منشورات جامعة دمشق-كلية الحقوق، و"النظرية العامة للالتزام-في مصادر الالتزام" لتوفيق حسن فرج – ص٨-٩، منشورات الحلبي الحقوقية.

(٢) انظر: "الالتزامات-القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي" لمحمد حاتم البيات وأيمن محمد أبو العيال- ص٢٨.

﴿لَّيْسَ لِلْإِنسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾(١)، وَمِنْ سَعْيِ الإِنْسَانِ تِلْك الأَفْعَالُ الصادِرةُ منه والَّتِي تُرَتِّبُ فِي ذِمَّتِهِ الْتِزَامَاتٍ مُعَيَّنَةً، وَقالَ جَلَّ وَعَلَا: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِٱلْعَدْلِ﴾(٢)، فَأَوْجَبَ اللهُ عَزَّ وَجَلَّ القِيَامَ بِأَداءِ الأَمَانَةِ، وَهَذَا مِنْ صُوَرِ الالْتِزَامِ وجانبٌ مِنْ جوانِبِهِ.

وكذلك أَوْجَبَ اللهُ عَزَّ وَجَلَّ فِي هَذِهِ الآيَةِ الحُكمَ بالعَدْلِ؛ وذلك لأَنَّ دُخُولَ الإِنْسَانِ فِي بَابِ الحُكمِ بَيْنَ النَّاسِ يَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ وُجُوبُ الْتِزَامِهِ بالعَدْلِ.

وقالَ اللهُ جَلَّ وَعَلَا: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوٓا أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾(٣)، فَنَهَى عَنْ أَكْلِ المالِ بالبَاطِلِ؛ الْتِزَامًا بِمُرَاعَاةِ حُقُوقِ الآخَرِينَ، وأمضى التِّجَارَةَ الَّتِي تكون مَبْنِيَّةً عَلَى التَّرَاضِي وهِيَ سَبَبٌ مِنْ أَسْبَابِ الالْتِزَامِ.

وَمِثْلُهُ قولُ النَّبِيِّ ﷺ: (أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنِ ائْتَمَنَكَ وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ)(٤)، فِي

---

(١) سورة النجم، الآية [٣٩].

(٢) سورة النساء، الآية [٥٨].

(٣) سورة النساء، الآية [٢٩].

(٤) الحديث قد وردَ مِنْ طُرُقٍ عَنْ عَددٍ من الصَّحابةِ، وجَمِيعُها لا تَخْلو مِنْ مَقالٍ، وأَمْثَلُها مَا جاءَ عَنْ أَنسِ بْنِ مالِكٍ رضي الله عنه وقدْ أَخرَجَهُ مِنْ هَذا الطريقِ: الحاكم ٤٦/٢، والقضاعي في مسند الشهاب (٧٤٢)، والطَّبَرانيُّ في "المعجم الكبير" - (١/ ٢٦١) حديث (٧٦٠) - ومِنْ طَرِيْقِهِ الضياءُ المقدسيُّ في "المختارة" - (٣/ ١٧٨-١٧٩) حديث (٢٧٣٨) قال: (حدثنا يحيى بنُ عُثْمانَ بن صَالِحٍ ثنا أَحْمَدُ بنُ زَيْدٍ الْقَزَّازُ الرَّمْلِيُّ ثنا ضَمْرَةُ عَنِ ابنِ شَوْذَبٍ عن أبي التَّيَّاحِ عن أَنَسٍ رضي الله عنه بهِ مَرْفوعاً. وهذا إسنادٌ لا مَطْعَنَ فيهِ، ولِذا صَحَحَ الحديثَ بهِ بَعْضُ أَهلِ العِلمِ: فقال الهيثميُّ في "مجمع الزوائد" - (١٤٥/٤): «ورجالُ الكبيرِ ثقاتٌ»، وقال السخاوي في "المقاصد الحسنة" - (ص٥٣): «وفي الباب عن جماعة من الصحابة كأنس عند الطبراني في الكبير والصغير برجالٍ ثقاتٍ». وورد من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أخرجه الترمذي (١٢٦٤)، وأبوداود (٣٥٣٥)، والبخاري في التاريخ ٣١٢/٤، والدارمي (٢٥٩٧)، والحاكم ٤٦/٢، والدارقطني (٢٥٧٨)، ومن حديث أبي بن كعب أخرجه أبوداود (٣٥٣٤)، وأحمد (١٤٩٩٨)، والبيهقي ٢٦٩/١٠، والدارقطني (٢٩١٢)، والدولابي (٣٥٩)، ومن حديث عائشة أخرجه البيهقي في معرفة السنن ٤٨٢/٧ (٦٠١٦)، ومن مرسل الحسن أخرجه عبدالرزاق في التفسير (٢٥٨)، وابن أبي شيبة في المصنف، وابن جرير ١٧٢/٧.

نُصُوصٍ كثِيرَةٍ كلُّهَا تُوجِبُ عَلَى العَبْدِ القِيَامَ بالِالْتزَامَاتِ النَّاتِجَةِ عَنْ فِعْلِهِ .

وقَدْ اعْتَنَى فُقَهَاءُ الشريعة بِالِالْتِزَامِ ومسائلِهِ ومَا يَتَعَلَّقُ بِهِ ، وأَكْثَرُ مَنِ اعتنى بهِ منهم فُقَهَاءُ المالِكيَّةِ ؛ إِذْ مِنَ الأُمُورِ المقَرَّرَةِ عنْدهم فِي الفِقْهِ المالِكيِّ مَا يُسَمَّى بِـ « الوَعْدِ الملْزِمِ » ، ويَنْبَغي الإِشارةُ هنا في عُجَالةٍ إلى أَنَّهم يُقَسِّمُونَ الوُعُودَ إِلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ ، وتَفْصِيلُهَا لَهُ مَحَالُّهُ مِن كتبِ الفِقْهِ المالِكيِّ[١] ، والمقْصُودُ أَنَّ فقهاءَ المالِكيَّةَ قد أَوْلَوا هذا البابَ عِنايةً كبيرةً ؛ بَلْ قَدْ وُجِدَ فِيهم مَنْ أَلَّفَ فيهِ مُؤَلَّفًا مفرداً ، وَهُوَ الحَطَّابُ المالِكيُّ ؛ حَيْثُ أَلَّفَ في بيانِ مسائِلِ هذا البابِ كتَابَ « تَحْرِيرِ الكلَامِ فِي مَسَائِلِ الِالْتِزَامِ » ، كما سَبَقَ -قريباً- التنبيهُ عليهِ والإِشارةُ إليه[٢] .

وَأَمَّا بالنَّظَرِ إلى الأَصلِ التَّأْرِيخيِّ لِهَذِهِ النَّظَرِيةِ فيُقَالُ : إِنَّ مِنْ أَوَائِلِ مَنْ أَثْبَتَ حَقَّ الِالْتِزَامِ هُمُ الرُّومَانُ ، فَقَدْ كانُوا يَضَعونَ فِي رَقَبَةِ المدِينِ سِلْسِلَةً يُمْسِكهَا الدَّائِنُ عند تَأَخُّرِ المدينِ أو امتناعِهِ عن الوفاءِ ، ثُمَّ حَكمُوا بَعْدَ ذَلِك بِثُبُوتِ الدُّيُونِ فِي ذِمَمِ المدِينِينَ[٣] .

---

(١) انظر : "الذخيرة" للقرافيِّ – (٦/٢٩٧-٣٠٠) ، تحقيق : سعد إعراب ، طبعة دار الغرب الإسلاميِّ ، و"الفروق" – "الفرق الرابعَ عشرَ والمائتان بين قاعدةِ الكذب وقاعدةِ الوعدِ" – للقرافيِّ – (٤/١١٤١-١١٤٢) ، تحقيق : محمد أحمد سراج وعلي جمعة محمد ، طبعة دار السلام ، الطبعة الثالثة ، و"تحرير الكلام" للحطاب – (ص٦٩) ، تحقيق : عبد السلام محمد الشريف ، دار الغرب الإسلاميِّ ، الطبعة الأولى ، و"فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك" للشيخ محمد أحمد عليش – (١/٢١٨) ، طبعة دار المعرفة ، بيروت .

(٢) انظر : ما سبق – ص٢٤ .

(٣) انظر : "نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية" لعبد الناصر توفيق العطار – ص٨ ، طبعة مطبعة السعادة ، مصر .

مَعْنى الالْتِزَام:

الِالْتِزَامُ فِي اللُّغَةِ: مَأْخُوذٌ مِنَ اللُّزُومِ، وَيعني: الثَّبَاتَ وَالدَّوَامَ(١)، وَأَمَّا الِالْتِزَامُ فإِنَّه: يَشْتَمِلُ عَلَى مَعْنَى الإِقْرَارِ بِثُبُوتِ الحُقُوقِ.

وَأَمَّا فِي الِاصْطِلَاحِ: فَإِنَّ القَانُونِيِّينَ يُعَرِّفُونَ الالتزامَ بِأَنَّهُ: «حَالَةٌ قانونِيَّةٌ يَرْتَبِطُ بِمُقْتَضاها شَخْصٌ مُعَيَّنٌ بالقيامِ بِعَمَلٍ أَو بالامْتِنَاعِ عنْ عَمَلٍ ذِيْ قِيمَةٍ ماليَّةٍ أَو أَدَبيَّةٍ»(٢).

وقِيلَ: هو «وَاجِبٌ قَانُونِيٌّ عَلَى شَخْصٍ لِيَقُومَ بِعَمَلٍ أَوْ يَمْتَنِعَ عَنْ عَمَلٍ لِصالِحِ شَخْصٍ آخَرَ»(٣).

وَقَدْ يُعَرِّفُهُ بَعْضُ مَنْ كتَبَ فِي النَّظَرِيَّاتِ بِأَنَّهُ:«كوْنُ الشَّخْصِ مُكلَّفاً شَرْعاً بِعَمَلٍ أَوْ بِامْتِنَاعٍ عنْ عَمَلٍ لِمَصْلَحَةِ غَيْرِهِ»(٤).

وقِيلَ: هو «إِيجَابُ الإِنْسَانِ عَلَى نَفْسِهِ القِيَامَ بِعَمَلٍ جَائِزٍ أَوِ الِامْتِنَاعَ مِنْهُ»(٥).

---

(١) انظر: "جمهرة اللغة" لأبي بكر ابن دريد - (٢/ ٨٢٦)، و"معجم مقاييس اللغة" لابن فارس - مادة "لزم" - (٥/ ٢٤٥)، و"لسان العرب" لابن منظور - مادة "لزم" - (١٢/ ٥٤١)، و"القاموس مع شرحه تاج العروس" للزبيدي - (٣٣/ ٤٢٠)، و"الكليات" لأبى البقاء الكفوي - ص١٢٧٣-١٢٧٤، و"المعجم الوسيط" - مادة "لزم" - (٢/ ٨٢٣).

(٢) انظر: "النظرية العامة للالتزامات" لعبد الرزاق أحمد السنهوري - ص٢، طبعةُ المجمع العربي الإسلامي، ودروس في النظرية العامة للالتزامات، لتوفيق حسن فرج ص٧.

(٣) انظر: "الوجيز في النظرية العامة للالتزام" لعبد الرزاق أحمد السنهوري - ص٩، و"نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية" لعبد الناصر توفيق العطار - ص٧.

(٤) انظر: "المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي" لمصطفى أحمد الزرقا - (٣/ ٨١).

(٥) انظر: "المدخل الفقهي العام" للزرقا - (١/ ٥١٤)، و"نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية" - ص٢٢، و"نظرية الأجل في الالتزام" لعبد الناصر توفيق العطار -ص٤١.

وَيُمْكنُ أَيْضًا أَنْ يُعَرَّفَ بِصِيغَةٍ أُخْرَى فَيُقَالُ: إِنَّ الِالْتِزَامَ هو: «تَصَرُّفٌ يَتَضَمَّنُ إِرَادَةَ إِنْشَاءِ حَقٍّ، أَوْ إِنْهَائِهِ، أَوْ إِسْقَاطِهِ»(١).

وَيَنْبَغِي أَنْ يُلَاحَظَ أَنَّ ثَمَّةَ فرقاً بين التَّعْرِيفِ القَانُونِيِّ لِلِالْتِزَامِ بِأَنَّهُ حالةٌ قَانُونِيَّةٌ أَو وَاجِبٌ قَانُونِيٌّ عَلَى شَخْصٍ لِيَقُومَ بِعَمَلٍ لِغَيْرِهِ وبينَ التَّعْرِيفِ الفِقْهِيِّ له والَّذِي فِيهِ أَنَّ الِالْتِزَامَ إِيجَابُ الإِنْسَانِ عَلَى نَفْسِهِ أَدَاءَ عَمَلٍ لِغَيْرِهِ، وَوَجْهُ الفَرْقِ بَيْنَهُمَا: أَنَّ التَّعْرِيفَ القَانُونِيَّ ليسَ فيهِ تفريقٌ بَيْنَ الِالْتِزَامِ وهو: ما كانَ الإِيجَابُ فيهِ نَاتِجًا مِنْ فِعْلِ المكلَّفِ نفسِهِ، وَالإِلْزَامِ وهو: ما كانَ الإِيجَابُ فيهِ نَاتِجًا مِنْ فِعْلِ غَيرِهِ، وإِيْضَاحُ ذلك بِأَنَّ يُقَالَ: إِنَّ القانونينَ قد عَرَّفوا الالتزامَ تَعْرِيْفاً يسْتوي فيه الأَمرانِ السابقانِ وهما الإلزامُ والالتزامُ، هذا بِخِلَافِ تَعْرِيفِ الفُقَهَاءِ للِالْتِزَامِ؛ فَإِنَّهُمْ قدْ جَعلوه خاصاً بما يوجِبُهُ الإِنْسَانُ عَلَى نَفْسِهِ، وَأَخْرَجُوا مِنْهُ ماكان الإِيجابُ فيه ناتجاً مِنْ فِعلِ غيرِهِ وهو الإِلْزَامُ كما سبق، وبذلك يَظْهرُ أَنَّ تعريفَ الفقهاءِ للالتِزامِ أكثرُ دِقَّةً مِنْ تعريفِ غيرِهِم والله أَعْلم(٢).

ويَظْهرُ مِمَّا سبقَ أَنَّ هُنَاك ثَلَاثَةَ مُصْطَلَحاتٍ متبايِنَةٌ(٣):

أَوَّلُهَا: الِالْتِزَامُ، وَهُوَ الأَمْرُ الصَادِرُ مِنَ الملْتَزِمِ، وذلك بِأَنْ يُوجِبَ عَلَى نَفْسِهِ شَيئاً من الوَاجِبَاتِ بِنَاءً عَلَى فِعْلِهِ.

---

(١) انظر: تعريفات أخرى في: "المدخل في التعريف بالفقه الإسلاميّ" لمحمد مصطفى شلبي - ص٤١٣، طبعة دار النهضة العربية، و" المدخل في الفقه الإسلاميّ " لمحمد سلام مدكور - ص٥٠٨-٥٠٩، و"إنشاء الالتزام في حقوق العباد" لحسين بن أحمد بن محمد الغزالي - (٤٦/١)، دار عالم الكتب، الطبعة الأولى.

(٢) انظر: "نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية" لعبد الناصر توفيق العطار ص١٦-١٧، ٢٣، و"إنشاء الالتزام في حقوق العباد" لحسين بن أحمد بن محمد الغزالي -(٤٧/١-٤٩).

(٣) انظر: "نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية" - ص١٦-٢٣، ١٧، و"نظرية الأجل في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية "- ص٢٥-٢٨- كلاهما لعبد الناصر توفيق العطار.

الثاني: الإِلْزَامُ، وَهُوَ الأَمْرُ الصَادِرُ مِنْ سُلْطَةٍ حَاكمَةٍ مُغَايِرَةٍ لِلْمُلْتَزِمِ، كأَمْرِ الوُلَاةِ مَثلاً فَإِنَّه من بابِ الإِلْزَامُ، بَيْنَمَا عُقُودُ البَيْعِ مَثلاً من بابِ الالْتِزَامِ.

الثالث: اللُّزُومُ، وَهو أَثَرٌ لِلتَّصَرُّفَاتِ الناتِجَةِ عن الالزامِ والالتزامِ.

الفرق بين الالتزام والمصطلحات المشابهة له:

١) الفرق بين الالتزام والوعد:

فالوعد إخبار عن إنشاء معروف في المستقبل، والوفاء به مستحب، والالتزام إيجاب المرء على نفسه فعلاً، والوفاء به واجب، ويترتب على عدم القيام به ذم وعقاب[١].

٢) الفرق بين الالتزام والعقد:

هناك التزامات ليست عقوداً، كالنذر، وهناك عقود ليست التزاماً كالتبرعات، والعقود تكون بين اثنين فأكثر، والالتزام قد يكون من واحد[٢].

حَقِيقَةُ الالْتِزَامِ:

لِلقَانُونِيِّينَ مَذْهَبَانِ مشهورانِ فِي بيانِ حَقِيقَةِ الِالْتِزَامِ:

الأَوَّل: المذهبُ الشخصيُّ: الذي يرى أَصْحابُهُ أَنَّ الالتزامَ «رابطةٌ شَخْصِيَّةٌ بينَ الدَّائنِ والمدِينِ، ولِذلك فالنظامُ القانونِيُّ للالتزامِ يتحدَّدُ على أَساسِ الرابِطَةِ القائِمَةِ بينَ طَرفيهِ فَحَسْب لا على أَسَاسِ مَحَلِّ الالتزامِ ومَوضوعِهِ، وعليهِ فإِنَّه يجب عَدَمُ الاعْتِرافِ بِنُشُوءِ الالتزامِ والحَقِّ الشَّخْصِيِّ مالَمْ يَتَحَدَّدْ طَرفاهُ- الدَّائنُ والمدِينُ - ويَتَّفِقا على نُشُوئِهِ»[٣].

الثاني: المذهبُ المادِّيُّ (الموضوعِيُّ): الذي يرى أَصْحابُهُ أَنَّ الالتزامَ «ليسَ مُجَرَّدَ رابطةٍ شَخْصِيَّةٍ فَحَسب، وأَنَّ هَذهِ الرابطةَ الشخصِيَّةَ ليست مُعْتبرةً، وأَنَّ المهِمَّ في الالتزامِ

---

(١) النظرية العامة للالتزام للبدوي ١/٧.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٤/٢٩٢٠.

(٣) انظر: "الوجيز في شرحِ القانونِ المدني الأُردني-مصادر الحقوق الشخصية" لياسين محمد الجبوري -(١/٢٠-٢٢) بتصرفٍ، دار الثقافة-عمّان-الطبعة الأولى- ٢٠٠٨م.

هو موضوعُهُ وما يَتَضَمَّنُهُ مِنْ قِيْمَةٍ مَالِيَّةٍ ، أَيْ أَنَّ المهِمَّ في الالتزامِ هو الأَداءُ الذي يلتَزِمُ بِهِ المدِيْنُ ، ويَظْهَرُ بِذلك أَنَّ الالتزامَ هو علاقَةٌ بينَ ذِمَّتَيْنِ أَكثرَ مِنْ كونهِ علاقَةً بينَ شَخْصَيْنِ ، ويجوزُ بِناءً على ذلك إِمْكانُ حُصولِ الالتزامِ من غيرِ تحديدِ الدَّائِنِيْنَ ، وجوازُ تَغْييرِ طَرَفَيْهِ ، أَوْ نَقْلِهِ وتَحْوِيْلِهِ ، أَوْ التَّنازلِ عنهُ »[١] .

« **وأمَّا بالنَّظَرِ إلى وَاقِعِ الالتزامِ في** الشريعة **الإسلاميَّة**: فَإِنَّهُ يُعْتَبَرُ في ذاتِهِ علاقَةً مادِّيَّةً إِمَّا بِمالِ المكلَّفِ كما في الدَّينِ ، وإِمَّا بِعَمَلِهِ كما في الأَجِيْرِ .

ولَكنْ هذا الالتِزامُ تُرافِقُهُ سُلْطَةٌ شَخْصِيَّةٌ تَأْيِيْداً لِتَنْفِيْذِهِ ، إِذْ لولاها لَتَعَذَّرَ التَّنْفِيْذُ بِمجَرَّدِ إِخْفاءِ المكلَّفِ مالَهُ ، أَو امْتِناعِهِ عن العَمَلِ ، ولَكنْ هذِهِ السُلْطَةُ الشَّخْصِيَّةُ لَمْ يَمْنَحْها الإِسْلامُ الدَّائِنَ كمَا في التشريع الرُّوْمانِيِّ[٢] بل مَنَحَهَا الحَاكمَ وجَعَلَها مِنْ صَلاحِيَّتِهِ مَوْقُوفَةً على طَلَبِ الدَّائِنِ .

وبِذلك يَظْهَرُ اعْتِدالُ مَوْقِفِ التشريع الإِسْلامِيِّ بينَ النَّظْرَتَيْنِ الشَّخْصِيَّةِ والمادِّيَّةِ فَقَدْ غَلَبَتْ فيهِ الصِّبْغَةُ المادِّيَّةُ في طبيعَةِ الالتزامِ ، ولَمْ تُهْمَلْ فيهِ الفِكرَةُ الشَّخْصِيَّةُ ، لِتَبْقَى ضَماناً في وَجْهِ المبْطِلِيْنَ المماطِلِيْنَ »[٣] .

أقسامُ الالتزام:

مِنْ الممكنِ تَقْسِيمُ الالْتِزَامَاتِ إِلى أنواعٍ مُخْتَلِفَةٍ حَسَبَ اختلافِ اعْتِباراتِ تَقْسِيْمِهَا ، وفيما يلي ذِكرُ تلك الأَقْسامِ:

---

(١) انظر: الوجير لياسين جبوري ، ١/ ٢٠-٢٢ ، مصدر سابق .

(٢) انظر: ص٥١ .

(٣) انظر: "المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي" لمصطفى أحمد الزرقا – (٣/ ٥٥-٥٧) .

أقسامُ الالتزاماتِ مِنْ حيثُ العمومُ والخصوصُ:

يقسم الحقوقيون الإِلْتِزَامِ -عند أَهلِ العِلمِ لاسِيَّما المالِكيَّةِ منهم باعتبارِ العُمومِ والخصوصِ- إِلَى قِسْمَيْنِ:

الأَوَّل: الإِلْتِزَامُ بالمعْنَى العَامِّ: وَهُوَ إِلْزَامُ الشَّخْصِ نَفْسَهُ فِعْلاً لِغيرِهِ لَمْ يَكنْ لَازِمًا لَهُ وَهُوَ بِهَذَا المَعْنَى شَامِلٌ لِسائرِ الْعُقُودِ ؛ سَوَاءٌ كانَتْ مِنَ عقودِ التبرعاتِ ، أَوْ عُقُودِ المعَاوَضَاتِ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِك[١] .

الثاني: الإِلْتِزَامُ بِالمعْنَى الخَاصِّ: وهُوَ إِلْزَامُ الشَّخْصِ نَفْسَهُ شَيْئًا مِنْ الْمَعْرُوفُ مُطْلَقًا أَوْ مُعَلَّقًا عَلَى شَيْءٍ ؛ مِثْلِ النَّذْرِ[٢] .

أقسامُ الالتزاماتِ مِنْ حيثُ الملتَزمُ "مَصْدَرُ الإلتِزَامِ":

يقسم الحقوقيون الإِلْتِزَاماتِ بِحَسَبِ مَصْدَرِ الإِلْتِزَامِ إِلَى قِسْمَيْنِ:

الأَوَّلُ: الالتزامُ النَّاتِجُ مِنْ إيجاب الإنسانِ عَلَى نَفْسِهِ: كَمَا فِي سائرِ العُقُودِ الَّتِي يَعْقِدُهَا الإِنْسَانُ لِنَفْسِهِ[٣] .

الثَّانِي: الالتزامُ النَّاتِجُ مِنْ غَيْرِ الإِنْسَانِ عليهِ: كَمَا فِي الإِيجَابِ الصَادِرِ مِمَّنْ لَهُ حَقُّ الإِلْزَامِ كالأَوْلِيَاءِ ، فالإِيجَابُ هُنَا مِنَ غَيْرِ الإِنْسَانِ عليهِ لِفِعْلَ أَمْرٍ مِنَ الأُمُورِ .

أقسامُ الالتزاماتِ مِنْ حيثُ الملتَزَمُ بهِ "مَحَلُّ الالتِزَامِ"[٤]:

تَنْقَسِمُ الالتزاماتُ مِنْ حيثُ المُلْتَزَمُ بِهِ إِلَى ثلاثةِ أَقسامٍ:

---

(١) انظر: "تحرير الكلام" للحطاب – ص٦٨ ، و"فَتْح العَلِيّ المالِكِ" للشيخ محمد أحمد عليش – (٢١٧/١) .

(٢) المصادر نفسها .

(٣) تقدم أن الفقهاء يرون الثاني إلزاماً وليس التزاماً .

(٤) انظر: "الموسوعة الفقهية الكويتية" - (٦/ ١٥٣-١٥٧) .

الأول: الْتِزَامٌ مَالِيٌّ (مَادِّيٌّ): كعُقُودِ المعَاوَضَاتِ أو التبرعاتِ.

الثَّانِي: الْتِزَامٌ مَعْنَوِيٌّ: كمَبِيتِ الرَّجُلِ عِنْدَ زَوْجَتِهِ، وكفالة البدن.

الثَّالِثُ: الْتِزَامٌ قَضَائِيٌّ: كالالتزام بترك عمل بناء على أخذ التعهد.

ويقسم بعضهم محل الالتزام إلى ثلاثة:

الأول: إعطاء شيء.

الثاني: القيام بعمل.

الثالث: الامتناع عن عمل(١).

أركانُ الالْتِزَامِ(٢):

يَنْبَنِي الِالْتِزَامُ على أَرْبَعَةِ أَرْكانٍ وبَيَانُهَا فِيْمَا يَلِي:

الأَوَّلُ: الصِّيغَةُ: وهِي إِمَّا قَوْلِيَّةٌ، أَوْ فِعْلِيَّةٌ(٣).

الثَّانِي: الملْتَزِمُ(٤): وَهُوَ الشَخْصُ الَّذِي أَوْجَبَ عَلَى نَفْسِهِ شَيْئًا مِنْ الواجبات أو الْمَعْرُوف، وَيُشْتَرَطُ فِيهِ أَنْ يَكونَ مِمَّنْ عِنْدَهُ أَهْلِيَّةُ التَّصَرُّفِ، وزادَ بعضُ الفُقَهَاءِ فيه أَنْ يكونَ مِمَّنْ يحق لَهُ التَّبَرُّعُ(٥)، وَفِي هَذا نَظَرٌ؛ وذلك لأَنَّ تَصَرُّفَاتِ الأَوْلِيَاءِ فِي أَمْوَالِ اليَتَامَى تَصَرُّفَاتٌ صَحِيحَةٌ، وتَتَرَتَّبُ عَلَيْهَا الْتِزَامَاتٌ صَحِيْحَةٌ كذلك، مَعَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُمْ أَهْلِيَّةُ التَّبَرُّعِ.

---

(١) نقض القانون المدني للشيخ إبراهيم السقا، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية العدد (٣٣).

(٢) انظر: "تحرير الكلام" للحطاب – ص٦٨-٦٩، و"فَتْح العَلِيّ المالِكِ" للشيخ عليش – (٢١٧/١)، و"المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلاميِّ" لمصطفي أحمد الزرقا – (٥١/٣-٥٢)، و"الموسوعة الفقهية الكويتية" - (٦/ -١٥١-١٥٧).

(٣) انظر: "الموسوعة الفقهية الكويتية" - (٦/ ١٥١-١٥٢).

(٤) بِكَسْرِ الزَّايِ على صِيْغَةِ اسمِ الفاعل، وانظر: "الموسوعة الفقهية الكويتية" - (١٥٢/٦).

(٥) انظر: "تَحْرِيْر الكَلامِ" للحطاب – ص٦٨، و"فَتْح العَلِيّ المالِكِ" للشيخ عليش – (٢١٧/١).

الرُّكنُ الثَّالِثُ: الملْتَزَمُ لَهُ(١)؛ وَهُوَ صَاحِبُ الحَقِّ الَّذِي سَيَسْتَفِيدُ مِنْ هَذَا الِالْتِزَامِ(٢).

الرّكنُ الرَّابِعُ: الملْتَزَمُ بِهِ(٣)، وقَدْ يُسَمَّى: مَحَلَّ الِالْتِزَامِ، أَوِ المعْقُودَ عَلَيْهِ، وَالمرَادُ بِهِ: الفِعْلُ الَّذِي يَجِبُ عَلَى الملْتَزِمِ أَنْ يَقُومَ بِهِ(٤).

والفقهاء يجعلون محل الالتزام هو الذمة الآدمية(٥).

ومِثَالُ ذَلِكَ فِي «عَقْدُ البَيْعِ»: «يُعْتَبَرُ كلُّ مِنْ الإِيْجَابِ والقَبُولِ القَوْلِيِّ أَو الفِعْلِيِّ هما صِيْغَةُ الالتِزامِ عِنْد الجُمْهورِ خلافاً لِلشَّافِعِيَّةِ(٦)، ويُعْتَبَرُ كلُّ مِنْ البَائِعِ والمشْتَري مُلْتَزِماً

---

(١) بِفَتْحِ الزَّايِ على صِيْغَةِ اسمِ المفعولِ.

(٢) ولِذا يُشْتَرطُ فِيه أَنْ يكون مِمَّنْ يَصِحُّ أَنْ يُمْلَكَ أَوْ يَمْلِكَ النَّاسُ الِانْتِفَاعَ بِهِ كَالْمَسَاجِدِ وَالْقَنَاطِرِ.

وانظر: "تَحْرِيْر الكَلامِ" – ص٦٨، و"فَتْح العَلِيّ المالِكِ"– (١/٢١٧)، و"الموسوعة الفقهية الكويتية" – (٦/١٥٢-١٥٣).

(٣) بِفَتْحِ الزَّايِ.

(٤) ولِذا يُشْتَرطُ فيه اشْتِمالُه على مافيهِ مَنْفَعَةٌ، وَسَوَاءٌ كَانَ فِيهِ غَرَرٌ أَمْ لَا إِلَّا فِيمَا كَانَ مِنْ بَابِ الْمُعَاوَضَةِ فَيُشْتَرَطُ فِيهِ انْتِفَاءُ الْغَرَرِ، وأَمْكنَ التَّصَرُّفُ فيهِ.

وانظر: "تَحْرِيْر الكَلامِ" – ص٦٨، و"فَتْح العَلِيّ المالِكِ"– (١/٢١٧)، و"الموسوعة الفقهية الكويتية" – (٦/١٥٣-١٥٧).

(٥) شرح السير الكبير ١/٤٨، المبسوط ٦/١٢٣، حاشية الجمل على المنهج ٦/١٣٧..

(٦) فالشافعية يقررون الصيغة القولية دون الفعلية. انظر: "بدائع الصنائع" للكاساني – (٥/ ١٣٣)، طبعة دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٢هـ-١٩٢٨م، و"مواهب الجليل" للحطاب -(٥/ ٩-١٠)، تصحيح وتحقيق: دار الرضوان للنشر، الطبعة الأولى ١٤٣٣هـ-٢٠١٠م، و"المجموع" للنوويِّ – (٩/ ١١٦-١١٧)، دار إحياء التراث العربي، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، الطبعة الأولى١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، و"المغني" لابن قدامة – (٦/٧-٨)، تحقيق: عبد الله عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلو.

ومُلْتَزَماً له ، فالبَائِعُ مُلْتَزِمٌ بِتَسْلِيْمِ المبِيْعِ ومُلْتَزَمٌ لَهُ بِتَسْلِيْمِ الثَّمَنِ ، والمشْتَرِي مُلْتَزِمٌ بِتَسْلِيْمِ الثَّمَنِ وَمُلْتَزَمٌ لَهُ بِتَسْلِيْمِ المبِيْعِ ، وَيُعْتَبَرُ تَسْلِيْمُ الثَّمَنِ مِن المشْتَرِي والمبِيْعِ مِن البائِعِ هو الملْتَزَمُ بِهِ أَوْ مَحَلُّ الالتِزامِ ومَوْضُوعُهُ »(١) .

حُكمُ الالْتِزامِ(٢):

مَا حُكمُ الِالْتِزَامِ ابْتِدَاءً ؟ وَمَا حُكمُ القِيَامِ بأَثَرِ ذلك الِالْتِزَامِ ؟

يَخْتَلفُ الحُكمُ باختلافِ نوعِ الِالْتِزَامِ وماهِيَّتِهِ:

فقَدْ يَكونُ الالتزامُ مُبَاحًا كإِنْشاءِ عَقْدِ البيعِ ابْتِداءً فإِنَّهُ مِنْ جُمْلَةِ المباحاتِ كما في قولِهِ تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾(٣) .

وَقَدْ يَكونُ وَاجِبًا كالْتِزامِ المكلَّفِ بِالنَّفَقَةِ عَلَى أَبْنَائِهِ .

وَقَدْ يَكونُ مُسْتَحَباً كما في سائرِ عُقُودِ التَّبَرُّعَاتِ كالْقَرْضِ وَالْهِبَةِ وَالْعَارِيَّةِ وَالْوَصِيَّةِ .

وَقَدْ يَكونُ مَكرُوهًا « كالنَّذْرِ » .

وَقَدْ يَكونُ مُحَرَّماً كما في نَذْرِ المعْصِيَةِ .

وأَمَّا أَثَرُ الِالْتِزَامِ(٤) ومَا يَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ ، وَالذي هِو المَقْصِدُ الأَصْلِيُّ لِلِالْتِزَامِ: فَالأَصْلُ هو وجُوبُ الوفَاءِ بالِالْتِزَامِ امْتِثَالاً لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾(٥) ،

---

(١) انظر: "المدخل إلى نظرية الالتزام" للزرقا – (٣/٥٢) .

(٢) انظر: "الموسوعة الفقهية الكويتية" - (٦/ ١٦١-١٦٧) ، المعاهدات في الشريعة الإسلامية لأحمد فهمي طيب ص٢٨ ، وانظر: المبسوط ٣٣٣/٧ ، وفتاوى ابن عليش ص٢٨٤ .

(٣) سورة البقرة ، الآية [٢٧٥] .

(٤) انظر: "الموسوعة الفقهية الكويتية" - (٦/ ١٥٧) .

(٥) سورة المائدة ، الآية [١] .

ولَكنَّ هَذَا الْحُكمَ لَيْسَ عَامًّا فِي جَمِيعِ الاِلْتِزَامَاتِ بل قَدْ يختلفُ الحكمُ باختلافِ نوع الالْتِزَامِ:

فمِنْهُ مَا هُوَ وَاجِبٌ كما في الالتزامِ بالأَثَرِ المتَرَتِّبِ على« عَقْدُ البَيْعِ » .

ومنه ماهو مستحب كالتزامِ آثارِ العُقُودِ الجَائِزَةِ ك « الوَكالَةِ » ؛ فَإِنَّهُ يَجُوزُ الوَفَاءُ بِالعَقْدِ، وَيَجُوزُ فَسْخُهُ ، وكذا الهبة والتبرعات .

ومن الاِلْتِزَامَاتِ ماهو مُبَاحٌ ، وَيَكونُ أَثَرُهُ وَاجِبًا ، كما في « عَقْدُ البَيْعِ » فَإِنَّهُ مُبَاحٌ في الأَصلِ كما سبقَ ، وَالقِيَامُ بِآثَارِهِ مِنَ الأُمورِ الواجِبَةِ .

أسْبَابُ الالْتِزَامِ[١]:

يُقْصَدُ بِسَبَبِ الالتزامِ مَصْدَرُهُ المباشِرُ ، وهو عِبارةٌ عَن الحادِثَةِ المُوَلِّدَةِ لِذلك الالتِزَامِ ، وهي تَشْمَلُ جميع التَّصَرُّفَاتِ القَوْلِيَّةِ والفعْلِيَّةِ ، وكلُّ ما يَنْشَأُ عنه حَقٌّ في نَظَرِ الشرع ، وَيُعَبِّرُ القانُونِيُّونَ عن ذلك السببِ بِمَصْدَرِ الالتزامِ ، ويُمْكنُ بالاسْتِقْراءِ حَصْرُ تِلك الأَسْبابِ في خَمْسَةِ أَسْبابٍ أَوْ مَصادِرَ كلِّيَّةٍ ، هِي:

الأَوَّلُ: العُقُودُ؛ وَهِيَ ما يَنْعَقِدُ بِتَوافُقِ إِرَادَتَيْنِ مُتَقَابِلَتَيْنِ على الالتزامِ (أَيْ بِالإِيجَابِ وَالْقَبُول)[٢] ، فالعَقْدُ مِنْ أَسْبَابِ الاِلْتِزَامِ ، وَمِنْ أَمْثِلَةِ ذلك: « الإِجَارَةِ » ؛ فَإِنَّها عَقْدٌ

---

(١) انظر: "النظرية العامة للالتزامات" لعبد الرزاق السنهوري – ص٢٧-٧٦ ، و"المدخل إلى نظرية الالتزام العامة" لمصطفى الزرقا – (٣/٥٢-٥٣) ، و(٣/٨٤-٩٢) ، و"الوجيز في النظرية العامة للالتزام-دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي المقارن" لحسن علي الذنون ومصطفي سعيد الرحو – ص٢٣ ، دار وائل-عمان-الطبعة الأولى-٢٠٠٢م ، و"الوجيز في شرح القانون المدني الأردني" لياسين محمد الجبوري – (١/٢٩-٣٢) ، و"الموسوعة الفقهية الكويتية" (٦/١٤٦-١٥١) ، و"إنشاء الالتزام في حقوق العباد" لحسن بن أحمد بن محمد الغزالي – (١/٥٨-٥٩) .

(٢) انظر: "الموسوعة الفقهية الكويتية" - (٦/ ١٤٦) .

يحصُلُ بِمُوجبِهِ الْتِزامُ المؤجِّرِ بِدفعِ العيْنِ المسْتأْجرَةِ لِينْتفِعَ بِهَا المسْتأْجِرِ، ويترتَّبُ عليْهِ الْتِزامُ المسْتأْجِرِ بِدفْعِ الأُجْرَةِ.

الثَّانِي: الإتْلافُ؛ وقدْ يُعبِّرُ عنْهُ أهْلُ الدِّرَاساتِ الحُقُوقِيَّةِ بِالفِعْلِ الضَّارِّ، أَو المسْئُولِيَّةِ التَّقْصِيرِيَّةِ، فإتْلافُ مالِ الْغيْرِ، أَو الْجِنايَةُ على النَّفْسِ أَوِ الأطْرافِ، أَو التَّعدِّي بِالْغصْبِ، أَوْ السَّرِقةِ، أَوْ بِالتَّجاوُزِ فِي الاِسْتِعْمالِ المأْذُونِ فِيهِ، كتجاوُزِ المُسْتأْجِرِ، والمُسْتعِيرِ، والحجَّامِ، والطَّبِيبِ، والمُنْتفِعِ بِالطَّرِيقِ، أَو التَّفْرِيطُ فِي الأَمَاناتِ كالْودائِعِ والرُّهُونِ كلُّ ذلك مِنْ مُوجِباتِ الضَّمانِ(١).

الثَّالِثُ: الفِعْلُ النَّافِعُ، أَو ما يُسمَّى بالإِثْراءِ بِلَا سَبَبٍ؛ ويعْنُونَ بِذلِك: أَنَّ منْ أَدَّى عنْ غيْرِهِ ديْنًا أَوْ أَحْدثَ لهُ منْفعةً فقدِ افْتقرَ المُؤدِّي وأَثْرى المُؤدَّى عنْهُ بِلاَ سببٍ، وبِذلِك يُصْبِحُ المُثْرَى مُلْزَمًا بِأَداءِ أَوْ ضمانِ ما أَدَّاهُ عنْهُ غيْرُهُ أَوْ قامَ بِهِ(٢).

الرَّابِعُ: الإِرادةُ المنْفرِدةُ، وهِيَ الاِلْتِزاماتُ الثَّابِتةُ بِإِرادةٍ مِنْ طرفٍ واحِدٍ أَيْ بالإِيجابِ فحسب، ومِنْ أَمْثِلةِ هذَا: «الوقفُ» و«النَّذْرُ»، فإِنَّها الْتِزاماتٌ صادِرةٌ مِنْ طرفٍ واحِدٍ.

ومِنْ الأُمورِ الملاحظةِ هُنا هو قلة الدِّراساتِ الحُقُوقِيَّةِ في هذا الجانِبِ.

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٦٢٢٩/٢، وانظر: "الموسوعة الفقهية الكويتية" - (٦/ ١٤٨).

(٢) فإن كان الأداء بإذن وجب على المؤدى عنه السداد، وإن كان بغير إذن فأوجبه مالك وأحمد بشرط أن ينوي الرجوع عليه، انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٥٦٠/٢٠، و٣٤٨/٣٠، وإعلام الموقعين ٤٥/٢، بدائع الفوائد ٣٩٧/٤، مجمع الضمانات ٤٢/٨، البيان والتحصيل ٣٠٤/١١، الذخيرة ٩٣/٩، شرح الزركشي ١١٣/٢، وشرح المنظومة السعدية ص١٣١، نهاية المطلب ١٥٥/٤، وانظر: "الموسوعة الفقهية الكويتية" - (٦/ ١٤٧-١٤٨).

الخَامِسُ: دِينُ الإِسْلَامِ؛ فَإِنَّ اللهَ عَزَّ وَجَلَّ قَدْ أَوْجَبَ عَلَى المكلَّفِينَ وَاجِبَاتٍ، لَا بُدَّ لَهم مِنَ القِيَامِ بِهَا، وأَهْلُ الدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ يَعُدُّونَ هذا الأَمرَ مِنْ بابِ الالتِزامِ وهذا وَجْهُ إِدْرَاجِهِم له فِي هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ، ويُعَبِّرونَ عنه كذلك بـ«القانون».

وَالصَّوَابُ في هذا الأَمْرِ أَنَّه من بابِ «الإِلْزَامُ» لا «الالْتِزامِ»(١)، والأَولى كذلك أَنْ نُعَبِّرَ عنه بِدِيْنِ الإِسْلامِ أَو الشرعِ كما سبقَ التَعْبيرُ بِهِ باعتبارِ أَنَّ بَحْثَنَا في النَظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّة، وعن النَّظْرَةِ الإِسْلَامِيَّةِ لِتلك الدِّراساتِ الحُقُوقِيَّة.

مَوْضُوعُ الالْتِزَامِ(٢):

مِنْ المقَرَّرِ عِنْدَ الباحِثِيْنَ في بابِ النَّظَرِيَّاتِ مِنْ فُقَهاءِ الشريعة والقانونينَ على السَّواءِ أَنَّ مَوْضُوعَ الِالْتِزَامِ -وهو الفِعْلُ المكلَّفُ بِهِ- له خَمْسُ صُوَرٍ:

الأولى: التزامٌ بدَيْنٍ:

وهو التزامٌ مَحَلُّهُ النُّقُودُ أَو ما في حُكمِها مِنْ الأَشْياءِ المِثْلِيَّةِ التي تَثْبُتُ في الذِّمَّةِ مِن المكيْلاتِ أَو الموزوناتِ أَو المذْروعاتِ أَو المعْدوداتِ المتقارِبَةِ.

---

(١) سبقَ مَعَنا أَنَّ الْفُقَهَاءَ قد عَبَّروا فِي التَّصَرُّفَاتِ النَّاشِئَةِ عَنْ إِرَادَةِ الإِنْسَانِ بِأَنَّهَا الْتِزَامٌ، وأَمَّا مَا كَانَ بِغَيْرِ إِرَادَتِهِ فَالتَّعْبِيرُ فِيهَا بِالإِلْزَامِ أَوِ اللُّزُومِ، وذَلِكَ لأَنَّ الالْتِزَامَ الحَقِيقِيَّ هُوَ: مَا أَوْجَبَهُ الإِنْسَانُ عَلَى نَفْسِهِ وَالْتَزَمَ بِهِ.

وانظر: ماسبق ص٥٢، و"الموسوعة الفقهية الكويتية" - (٦/ ١٤٩).

(٢) انظر: "مصادر الحقّ في الفقه الإسلاميّ" لعبد الرزاق أحمد السنهوري - (١/١٥-١٧)، و"المدخل إلى نظرية الالتزام العامة" لمصطفى الزرقا - (٣/٥٢و٧١)، و(٣/٧٠-٧٦)، و"الالتزامات - القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي" لمحمد حاتم البيات وأيمن محمد أبو العيال - ص١٧-١٩، و"إنشاء الالتزام في حقوق العباد" لحسن بن أحمد بن محمد الغزالي - (١/٥٩)، و"الموسوعة الفقهية الكويتية" - (٦/ ١٥٣-١٥٧).

وقَدْ نَصَّ الفقهاءُ على هذا النَّوعِ من الالتِزامِ في عَدَدٍ مِنْ أَبوابِ الفِقْهِ ومَسائِله: كالكفالةِ، والحَوالةِ، والإِبْراءِ، والتَّقاصِّ، وتَأْجيلِ الدَّيْنِ.

الثانية: التزامٌ بعَيْنٍ:

وهو التزامٌ مَحَلُّه عَيْنٌ مُعَيَّنَةٌ بِذاتِها يَقَعُ الالتِزامُ بِتَسْلِيْمِها: كتَسْليْمِ المبِيْعِ للمشْتَري والثَّمَنِ للبائِعِ، وتَسْليْمِ الودِيْعَةِ للموْدِعِ عِندَ طَلَبِها، وإِعادةِ العينِ المسْتأْجَرَةِ للمؤَجِرِ عند انْقِضاءِ مُدَّةِ الإِجارةِ.

والمقْصودُ: أَنَّ الِالْتِزَامَ بالعَيْنِ المعَيَّنَةِ بِذاتِها يَعْني دائِماً الِالْتِزَامَ بِتَسْلِيْمِها، والفرق بين هذا النوع والذي قبله أن العين يمكن الإشارة إليها بخلاف الدين، فهذه الخمسة كيلوات من البُرعينٌ، بخلاف ما لو التزم بإحضار خمسة كيلوات بُرّ فهذه دين وليست عيناً.

الثالثة: التزامٌ بعَمَلٍ:

وله صُوَرٌ كثيْرةٌ يكونُ مَوْضُوعُ الِالْتِزَامِ فيها إِيْجابِيّاً، ومِنْ ذلك: الالتزامُ بِنَقْلِ بِضاعةٍ، أَو إِصْلاحِ آلةٍ، أَو صُنْعِ شيءٍ، أَو الإِجارةُ على أَيِّ عَمَلٍ.

ويَدْخُلُ في ذلك أَيضاً: ما تَقَدَّمَ مِنْ صُوَرِ الالْتِزامِ بالعَينِ أَو الدَّينِ، إِذ العَمَلُ موضوعٌ عامٌ يَشْمَلُ تَسْلِيْمَ الأَعْيانِ المعَيَّنَةِ بِذاتِها، ودَفْعَ الدُّيونِ، وأَيَّ عَمَلٍ غيرَ ذلك.

الرابعة: التزامٌ بامْتِناعٍ عَنْ عَمَلٍ:

وله صُوَرٌ كثِيْرةٌ يكونُ مَوْضُوعُ الِالْتِزَامِ فيها سَلْبِيّاً: كالتزامِ الوديعِ بِأَنْ لا يَتَعَدَّى على الوَدِيْعَةِ، والتِزامِ المرْتَهِنِ بِأَنْ لا يَسْتَعْمِلَ المرْهونَ إلا بِإِذْنِ الرَّاهِنِ، والتِزامِ المسْتَأْجِرِ بِأَنْ لا يَتَجاوزَ المعْروفَ في اسْتِعْمالِ العَيْنِ المؤَجَّرَةِ.

الخامسة: التزامٌ بتَوْثِيقٍ:

وهو التِزامٌ مَحَلُّهُ كفالةُ التِزامٍ ومَصْدَرُهُ عَقْدُ الكفَالةِ، وقدْ يكونُ هذا النوعُ التِزاماً تَبَعِيّاً لالتِزامٍ بِدَيْنٍ أَوْ عَيْنٍ، وقدْ يكونُ التِزاماً أَصْلِيّاً كما في الكفَالةِ بالنَّفْسِ.

تَوْثِيقُ الالْتِزَامِ[١]:

المَقْصودُ بتَوْثِيقِ الالْتِزَامِ إِحْكامُهُ وَإِثْبَاتُهُ، وهو أَمْرٌ مشروع لاِحْتِيَاجِ النَّاسِ إِلَى مُعَامَلَةِ مَنْ لاَ يَعْرِفُونَهُ، وخَشْيَةَ جَحْدِ الحُقُوقِ أَوْ ضَيَاعِهَا.

وَقَدْ شَرَعَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى لِلنَّاسِ مَا يَضْمَنُ لَهُمْ حُقُوقَهُمْ بِتَوْثِيقِهَا وَفْقَ وَسائِلَ مَعْهودةٍ، وَجَعَلَ لِذَلِك طَرائِقَ مُتَعَدِّدَةً ومنها على سَبيلِ الإِيجازِ والاختصارِ[٢]:

الأَوَّلُ: التَّوْثِيقُ بِالإِقْرَارِ.

الثَّانِي: التَّوْثِيقُ بِالكتابةِ والإِشْهادِ، ومنه توثيق عقد النكاح بالشهادة.

الثَّالِثُ: التَّوْثِيقُ بِالقَرائِنِ.

الرابع: التَّوْثِيقُ بالرَّهنِ.

الخامس: التَّوْثِيقُ بالضَّمانِ والكفالةِ.

وَيُلاحَظُ أَنَّ كتاباتِ الفُقَهاءِ فِي تَوْثِيْقِ الالْتِزامِ متفرقة، وَلَمْ يُفْرِدُوا لَهُ بَابًا مُسْتَقِلًّا، وَإِنَّمَا جَاءَ الكَلَامُ عَنِ تَوْثِيْقِ الالْتِزَامِ فِي ثَنَايَا كلَامِهِمْ فِي المَسَائِلِ الفِقْهِيَّةِ؛ وَذَلِك لِأَنَّ تَوْثِيْقَ الالْتِزَامِ عَلَى أَنْوَاعٍ مُتَبَايِنَةٍ لِكلٍّ مِنْهَا حُكمٌ مُسْتَقِلٌّ، وَمِنْ ثَمَّ لَمْ يُمْكِنْ جمعها تَحْتَ عُنْوَانٍ وَاحِدٍ.

مُغَيِّرَاتُ الالْتِزَامِ[٣]:

إِذَا تَمَّتِ التَّصَرُّفَاتُ المُلْزِمَةُ بِأَيِّ نَوْعٍ مِنْ أَنْوَاعِ الالْتِزَامِ مُسْتَوْفِيَةً أَرْكَانَهَا وَشَرَائِطَهَا

---

(١) انظر: المنثور للزركشي ٣/٣٢٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٠٨، تيسير اللطيف المنان لابن سعدي ص١٢٣، أحكام القرآن للكيا الهراسي ١/٢٦٤، المهذب للشيرازي ١/٣٤٢، المبسوط ٧/٩١، اسنى المطالب للأنصاري ٢/١٤٤، الحاوي ١٧/٤، نهاية المطلب ٦/٢٢٥، "الموسوعة الفقهية الكويتية" - (٦/١٦٩-١٧١).

(٢) سَيَأتي الكلامُ على ذلكَ مَبْسوطاً مُوَسَّعاً في نَظَرِيَّةِ الإثبات ونظرية الضَّمانِ -إِنْ شاءَ اللهُ تعالى-.

(٣) انظر: "المصدر السابق" - (٦/١٦٧-١٦٩).

تَرَتَّبَتْ عَلَيْهَا آثَارُهَا وَوَجَبَ تَنْفِيذُ الالْتِزَامِ ، ولَكنْ قَدْ يَتَّصِل بِالتَّصَرُّفِ بَعْضُ الأَوْصَافِ الَّتِي تُغَيِّرُ مِنْ آثَارِ الالْتِزَامِ ، فَتُوقِفُهُ أَوْ تَزِيدُ عَلَيْهِ الْتِزَامًا آخَرَ أَوْ تُبْطِلُهُ ، فَمَا هِيَ تلك الأُمُورُ الَّتِي تَقْتَضِي تَغْيِيرَ الالْتِزَامِ ؟

الجواب: أَنَّ ثَمَّ أَرْبَعَةَ أُمُورٍ هي مِنْ مُغَيِّراتِ الالتزامِ ، وبيانُها فيما يَأتي:

الأَوَّلُ: الخِيَارُ؛ وهو أَمْرٌ يَتَّصِلُ بِالتَّصَرُّفِ ، فَيَتَوَقَّفُ لُزُومُهُ وَقد يَتَأَخَّرُ تَنْفِيذُ الالْتِزَامِ إِلَى أَنْ يُبَتَّ فِيهَ ، فَيَتَبَيَّنَ مَا يَنْفُذُ وَمَا لاَ يَنْفُذُ ، فَإِنْ كانَ هُنَاك تَخْيِيرٌ فَإِنَّ الالْتِزَامَ لَا يُعَدُّ وَاجِبًا ، وَيُمْكِنُ تَغْيِيرُهُ .

ومِثَالُ ذَلِك: رجلٌ اشْتَرَى مِنْك سَيَّارَةً ، وَقَالَ: لِيَ الخِيَارُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، ثُمَّ طَلَبَ بَعْدَ يَوْمٍ فَسْخَ العَقْدِ .

الثَّانِي: الشروط؛ وهِي أُمورٌ إِذَا لَمْ يَتِمَّ الوَفَاءُ بِهَا جاز لِلْعَاقِدِ الذي شَرَطَها الفَسْخُ ، وَمِنْ أَمْثِلَةِ ذلك: ما لَوِ اشْتَرَطَتِ الزَّوْجَةُ عَلَى الزَّوْجِ أَلَّا يُسَافِرَ ، فهَذَا شَرْطٌ يُمْكنُ أَنْ يُغَيِّرَ الالتِزامَ؛ لِأَنَّ مِنْ مقتضى عَقْدِ الزَّوْجِيَّةِ: قِيَامَ الزَّوْجَةِ بِحُقُوقِ الزَّوْجِ ، وَتَمْكِينَ الزَّوْجَةِ لِزَوْجِهَا مِنَ الاِسْتِمْتَاعِ بِهَا؛ بِنَاءً عَلَى بَقَاءِ عَقْدِ النِّكاحِ ، فَإِذَا لَمْ يَفِ الزَّوْجُ بالشرط جَازَ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَطْلُبَ الفَسْخَ؛ لِئَلَّا تَلْزَمَهَا هَذِهِ الأُمُورُ .

الثَّالِثُ: الأَجَلُ؛ وهُوَ المُدَّةُ المُتَّفَقُ عَلَيْهَا المُسْتَقْبَلَةُ المُحَقَّقَةُ الوُقُوعِ ، والمراد به تعليق الالتزام على فعل مستقبلي ، فَإِذَا كانَ هُنَاك توقيت للالْتِزامِ بِضَرْبِ أَجَلٍ مُحَدَّدٍ ، فَإِنَّهُ يجوز تَغْيِيرُ الالْتِزَامِ ، قَبْلَ حالَ عَدَمِ الوَفاءِ بِهِ ، ومِنْ الأُصولِ التي يُمْكنُ تَخْرِيجُ القولِ بِصِحَّةِ دُخُولِ الأَجَلِ في الالتزاماتِ بِعَامَّةٍ عليها جوازُ الشروط في الالتِزامِ وهو مَوْطِنُ اتِّفاقٍ بينَ الفقهاءِ ، وكذا مَسأَلَةُ بيعِ العُرْبونِ على الصَّحِيْحِ .

ومِنْ أَمْثِلَةِ ذلك: مَا لَوْ قَالَ لِشَخْصٍ باعَهُ شَيْئاً: إِذَا لَمْ تُسَدِّدْ لِيَ الثَّمَنَ خِلَالَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَلَا بَيْعَ بَيْنَنَا، وَالقَوْلُ بِصِحَّةِ هَذَا التوقيت مَنْقولٌ عَنْ بَعْضِ الصَّحَابَةِ كعُمَرَ(١) وابنِهِ

---

(١) أخرج البخاريُّ في "جامعه الصحيح" - "بَابُ الرَّبْطِ وَالحَبْسِ فِي الحَرَمِ" - (٦/ ١٩٢): **مُعَلَّقاً مَجْزوماً** بِهِ، ووصَلَهُ عبد الرزاق في "المصنف" - "بَابُ الْكِرَاءِ فِي الحَرَمِ، وَهَلْ تُبَوَّبُ دُورُ مَكَّةَ؟ وَالْكِرَاء بِمِنًى" - (٥/ ١٤٦) حديث (٩٢١٣)، وابنُ أبي شيبة في "المصنف" - "فِي الْعُرْبَانِ فِي الْبَيْعِ" - (١٣/٣٨) حديث (٢٤٧٣٤)، والفاكهيُّ في "أخبار مكة" - "ذِكْرُ مَنْ رَخَّصَ فِي كِرَاءِ بُيُوتِ مَكَّةَ وَبَيْعِ رِبَاعِهَا وَشِرَائِهَا وَالحُكْمِ فِيهَا وَتَفْسِيرِ ذَلِكَ" - (٣/ ٢٥٤) حديث (٢٠٧٦)، وعبدُ اللهِ بنُ أَحمدَ في "مسائلِ أبيهِ بروايتِهِ" - مسألة (١٠٤٤)- ص٢٨٠، والأزرقيُّ في "أخبار مكة" - "مَنْ لَمْ يَرَ بِكِرَائِهَا وَبَيْعِ رِبَاعِهَا بَأْساً" - (٢/ ١٦٥)، والبيهقي في "الكبرى" - (٦/ ٣٤)، حديث (١١٥١١)، والمِزِّيُّ في "تهذيب الكمال" - (١٧/ ٣٤٣)، وابنُ حَجرٍ في "تغليقِ التعليق" - (٣/٣٢٦) جميعهم: من طريقِ عَمْرِو بن دينارٍ، عَنْ عَبْدِ الرحمن بْنِ فَرُّوخٍ مَوْلَى نَافِعِ بْنِ عَبْدِ الحَارِثِ قَالَ: (اشْتَرَى نَافِعُ بْنُ عَبْدِ الحَارِثِ مِنْ صَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةَ دَارَ السِّجْنِ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ إِنْ رَضِيَهَا وَإِنْ كَرِهَهَا أَعْطَى نَافِعٌ صَفْوَانَ بْنَ أُمَيَّةَ أَرْبَعَمِائَةٍ)، قَالَ ابْنُ عُيَيْنَةَ: «فَهُوَ سِجْنُ النَّاسِ الْيَوْمَ بِمَكَّةَ».

ورجالُ إِسْنادِهِ ثِقاتٌ سوي عَبْدِ الرحمن بْنِ فَرُّوخٍ العَدَوِيِّ مولاهم فقدْ ترجمهُ البخاريُّ في "التاريخ الكبير" - (٥/ ٣٣٨) ترجمة (١٠٧٩)، وابنُ أبي حاتمٍ في "الجرح والتعديل" - (٥/ ٢٧٥) ترجمة (١٣٠٤)، وابنُ حِبَّانَ في"الثقات" - (٧/ ٨٧) ترجمة (٩١٢٩)، ولَمْ يَذكُروا فيهِ جَرْحاً ولا تَعْدِيلاً، ونقل ابنُ حجرٍ في "لسان الميزان- (٩/ ٣٥٦) عن الحاكم قوله: «ما لَهُ رَاوٍ غَيْرَ عَمْرو بنِ دِيْنَارٍ»، وقال في "تقريب التهذيب" – ص٥٩٥: «مقبول».

وقد صحح هذه الروايةَ جمعٌ مِنْ أَهلِ العِلمِ، فقال ابنُ حَزْمٍ في "المحلى" - (٨/ ٣٧٤) إِنَّها قد رُوِيَتْ: «. . بِأَصَحِّ طَرِيقٍ وَأَثْبَتِهِ فِي أَشْهَرِ قِصَّةٍ، وَهِيَ ابْتِيَاعُ دَارٍ لِلسِّجْنِ بِمَكَّةَ. . .»، وقال ابنُ كَثِيرٍ في "تفسيره" - (٥/ ٤٠٩): «. . ثَبَتَ أَنَّ عُمَرَ بنَ الخطابَ اشْتَرَى مِنْ صَفْوانَ بنِ أمية داراً بمكةَ، فجعلها سجناً بأربعةِ آلافِ درهمٍ».

وقد ذكر الحافظ ابن حجر في فتح الباري ٣١٢/٧ متابعات لهذه الرواية.

عَبدِاللهِ[١]، وقَدْ قالَ بِهِ جماعةٌ مِنَ التَّابِعِينَ كالقاضي شُرَيْحٍ[٢]، وابنِ سِيْرِيْنَ[٣]، وهو رِوايةٌ عَنِ الإمامِ أحمدَ[٤]، رَجحَها واخْتارَها شيخُ

---

(١) فقد أَخْرجَ ابنُ أبي شيبةَ في "المصنف" -٢٩/١٣ حديث (٢٤٧٠٣) قال: حَدَّثَنَا الضَّحَّاكُ بْنُ مَخْلَدٍ، عَنِ ابْنِ جُرَيْجٍ، قَالَ: أَخْبَرَنِي سُلَيْمَانُ مَوْلَى الْبَرْصَاءِ، قَالَ: بِعْتُ مِنَ **ابْنِ عُمَرَ** سِلْعَةً أَوْ بَيْعًا، فَقَالَ: (**إِنْ جَاءَتْ نَفَقَتُنَا إِلَى ثَلاثٍ** فَالسِّلْعَةُ لَنَا، وَإِنْ لَمْ تَأْتِنَا نَفَقَتُنَا إِلَى ثَلاثٍ فَلاَ بَيْعَ بَيْنَنَا وَبَيْنَكَ، فَسَنَسْتَقْبِلُ فِيهَا بَيْعًا مُسْتَقْبَلاً).

وهذا الأَثرُ رجالُ إسنادِهِ ثقاتٌ إلى سليمان، وقد صَرَّحَ فيه ابنُ جريجٍ بالتحديثِ فأُمِنَ تدليسُهُ، وسُلَيْمَانُ مَوْلَى ابنِ الْبَرْصَاءِ ترجمه البخاريُّ في "التاريخ الكبير" - (٤/ ٤)، وابنُ أبي حاتمٍ في "الجرح والتعديل" - (٤/ ١٥١)، وابنُ حِبَّانَ في "الثِّقات" - (٤/ ٣١٢): ولَمْ يَذكُروا فيهِ جَرْحاً ولا تَعْدِيلاً، ولَمْ يَرْوِ عَنْه سوى ابنِ جُرَيْجٍ إلاَّ أَنَّ أَباحاتمِ الرَّازِيَّ نَقَلَ عَنْهُ قَوْلَه: (بايعتُ ابنَ عمرَ مشافهةً).

(٢) أخرجَ البخاريُّ في "جامعه الصحيح" - "بَاب مَا يَجُوزُ مِنْ الاِشْتِرَاطِ وَالثُّنْيَا" - (٧/ ١٠٨)، هَذا الأَثَر **مُعَلَّقاً إياه بِصِيغَةِ الجزمِ**، ووصله سعيدُ بنُ مَنْصُورٍ - كما في "تغليق التعليق" لابنِ حجرٍ - (٣/ ٤١٥) - قال: ثَنَا هشيمٌ عَن ابْنِ عونٍ عَن **ابْن سِيرِين**: أَن رجلا تكارى من رجل إبلا فَقَالَ: أَخْرُجُ يَوْم الأثنين فَإِنْ لم أخرجْ فلك عِنْدِي مِائَتَا دِرْهَمٍ، فَخرج يَوْم الْأَرْبَعَاءِ فاختصما إِلَى **شُرَيْحٍ فَقَالَ شُرَيْحٌ**: من شَرط عَلَى نَفسه طَائِعاً غيرَ مكرهٍ أَجَزْنَا عَلَيْهِ.

وأَخرجُ البخاريُّ أَيضاً في "جامعه الصحيح" - "بَاب مَا يَجُوزُ مِنْ الاِشْتِرَاطِ وَالثُّنْيَا" - (٧/ ١٠٨)، **مُعَلَّقاً بِصِيغَةِ الجزمِ**، ووصله سعيدُ بنُ مَنْصُورٍ - كما في "تغليق التعليق" لابن حجر - (٣/ ٤١٥) - قال: ثَنَا سُفْيَان ثَنَا أَيُّوب عَن **ابْن سِيرِينَ**: أَنَّ رجلا بَاعَ طَعَاماً وَقَالَ: إِن لم آتِكَ الْأَرْبَعَاءَ فَلَيْسَ بيني وَبَيْنك بيعٌ، فَلم يَجِيء، فَقَالَ **شُرَيْحٌ** للْمُشْتَرِي: أَنْت أخلفته، فَقَضَى عَلَيْهِ.

(٣) انظر: المصادِرَ السَّابِقَةَ.

(٤) انظر: "المقنع" - (٢٨٦/١)، و"الشرح الكبير" - (٢٨٦/١١)، و"الإنصاف" - (٢٨٦/١١)، الطبعةُ المجموعةُ التي بتحقيق: د. عبد الله التركي، و"الفروع" - (١٩٠/٦)، تحقيق: التركي.

الإِسْلامِ[١] وتِلْمِيْذُهُ ابْنُ القَيِّمِ[٢]، خِلَافًا لِكثِيرٍ مِنْ الفُقَهَاءِ[٣].

الرَّابِعُ: انْتِقَالُ الِالْتِزَامِ وذلك بِنَقْلِ الالتِزامِ مِنْ ذِمَّةٍ إلى أُخرى كما في «الحِوَالَةِ»، فلَوْ تَرَتَّبَ عَلَى الِالْتِزَامِ أَنْ يَقُومَ بِتَسْلِيمِهِ مَبْلَغًا مَالِيًّا فَقَامَ بِالحِوَالَةِ على شَخْصٍ غيرِهِ، فَإِنَّ ذلك يُعَدُّ مِنْ مُوْجِباتِ تَغْيِيرِ الِالْتِزَامِ.

---

(١) قال رحمه الله في " مجموع الفتاوى " - (/ ١٧٠): «وأصولُ أحمدَ ونصوصُهُ تقتضي جوازَ شرطِ كُلِّ تَصَرُّفٍ فيه مقصودٌ صحيحٌ، وإن كان فيه منعٌ من غيره».
وقال ابن القيم في بدائع الفوائد ٤/٩٠٤: «وليس في الأدلة الشرعية ولا القواعد الفقهية ما يمنع تعليق البيع بالشرط والحق جوازه، فإن المسلمين على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، وهذا لم يتضمن واحداً من الأمرين، فالصواب جواز هذا العقد وهو اختيار شيخنا».
وانظر: إعلام الموقعين ٤/١٨.

(٢) قال في "إِعْلامِ الموقِّعِيْنَ"- (٥/٣٧٣ - ٣٧٩): «وتَعْلِيقُ العقودِ والفسوخِ والتبرعاتِ **والالتِزاماتِ** وغيرِها أَمْرٌ قد تدعو إليهِ الضرورةُ أو الحاجةُ أو المصْلَحَةُ فلا يَسْتَغْنِي عَنهُ المكَلَّفُ ... والمقصودُ أَنَّ للشروطِ عند الشارعِ شأناً ليسَ عندَ كثيرٍ من الفقهاءِ، فإنهم يُلغونَ شروطاً لم يُلْغِهَا الشارعُ ويُفسدونَ بها العقدَ من غيرِ مَفْسَدَةٍ تقتضي فسادَهُ، وهم متناقضونَ فِيْمَا يَقبلُ التعليقَ بالشروطِ مِنْ العقودِ وما لا يقبلُهُ، فليسَ لهم ضابطٌ مُطَّرِدٌ مُنْعَكِسٌ يقومُ عليهِ دليلٌ، فالصوابُ الضابطُ الشرعيُّ الذي دَلَّ عليه النَّصُّ: **أَنَّ كُلَّ شرطٍ خالفَ حُكْمَ اللهِ وكتابَهُ فهو باطلٌ وما لم يخالفْ حكمَهُ فهو لازمٌ**.
يوضحه أَنَّ **الالتزامَ** بالشروطِ **كالالتزامِ** بالنذرِ والنذرُ لا يبطلُ منه إلاَّ ما خالفَ حكمَ اللهِ وكتابَهُ، بل الشروطُ في حقوقِ العبادِ أوسعُ مِنْ النذرِ في حق الله، **والالتزامُ** به أوفي من الالتزام بالنذرِ.
وإنما بسطتُ القولَ في هذا لأَنَّ بابَ الشرطِ يدفعُ حِيَلَ أَكثرِ المتَحَيِّلِيْنَ ويجعلُ للرجلِ مخرجاً مما يخافُ منه ومما يُضَيِّقُ عليه فالشرطُ الجائزُ بمنزلةِ العقدِ بل هو عقدٌ وعهدٌ وقد قال الله تعالى: ﴿**يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ**﴾ [المائدة: ١]، وقال: ﴿**وَٱلۡمُوفُونَ بِعَهۡدِهِمۡ إِذَا عَٰهَدُواْ**﴾ [البقرة: ١٧٧]».
وانظر: رد المحتار ٢٠/٣٦٠ قال: «ومر جواز تعليق البيع برضا فلان على أنه شرط خيار إذا وقته»، شرح فتح القدير ٧/١٧٢.

(٣) لسان الحكام ١/٢٦٤، التنبيه للشيرازي ص٨٩، الشرح الكبير للرافعي ١٢/١٦، المجموع ٩/٣٤٠، المهذب ١/٢٦٦، الكافي لابن قدامة ٢/١٨، الروض المربع بحاشيته ٤/٣٧٩، وانظر: شرحنا على قواعد ابن سعدي ص١٢٦، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٥/٣٤٤٧.

أَسْبَابُ انتِهَاءِ الالْتِزَامِ[١]:

يَنْتَهِي الِالْتِزَامُ بِعَدَدٍ مِنَ الأَسْبَابِ التي تُوْجِبُ ذلك، وهي على وَجْهِ التَّفْصِيْلِ ما يَلِي:

الأَوَّل: الوَفَاءُ، فَإِذَا وَفَّى الملْتَزِمُ بِمَا الْتَزَمَ بِهِ، فَقَدَ انْتَهى الِالْتِزَامُ.

ومِثَالُ ذَلِك: ما لو نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمائَةِ رِيَالٍ، ثُمَّ تَصَدَّقَ بِهَا، فَحِينَئِذٍ يُقَالُ: قَدْ انْتَهى الِالْتِزَامُ، وقَدْ يُسَمَّى ذلك أَيْضاً بِتَحْقِيقِ الِالْتِزَامِ، وفي البيع لو تم تسليم المبيع والثمن فقد تم الالتزام.

الثَّانِي: الإِبْرَاءُ، فَإِذَا تَنَازَلَ صَاحِبُ الحَقِّ عَنْ حَقِّهِ بَرِئَتْ ذِمَّةُ الملْتَزِمِ بِذلك.

ومِثَالُ ذَلِك: ما لو اشْتَرَيْتُ مِنْك سِلْعَةً بِمائَةِ رِيَالٍ مُؤَجَّلَةٍ، وَدَفَعْتَ لِي السِّلْعَةَ، عَلَى أَنْ أَقُومَ بِدَفْعِ الثَّمَنِ بَعْدَ سَنَةٍ، ثُمَّ أَبْرَأْتَنِي بَعْدَ ذَلِك، فَحِينَئِذٍ نَقُولُ: قَدْ انْتَهى الِالْتِزَامُ.

الثَّالِثُ: الفَسْخُ؛ فَإِنَّ فَسْخَ العُقُودِ يُؤَدِّي إِلَى عَدَمِ ثُبُوتِ الِالْتِزَامِ، سَوَاءٌ كانَ الفَسْخُ بِتَرَاضٍ مِنَ الطَّرَفَيْنِ كما فِي الإِقَالَةِ، أَوْ كانَ الفَسْخُ مَعَ عَدَمِ وُجُودِ التَّرَاضِي لسبب شرعي كما فِي خِيَارِ العَيْبِ.

الرابع: العَجْزُ عَنِ الوفاءِ بالالتِزَامِ، كَمَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ اللهَ بِطَاعَةٍ فَعَجَزَ عَنْهَا، فَإِنَّهُ يَنْتَهِي الِالْتِزَامُ بِذَلِك، وَبَعْضُهُمْ يَقُولُ: يَجِبُ الوَفَاءُ بِعِوَضِهِ، وَهُوَ كَفَّارَةُ اليَمِينِ، ومثل ذلك تلف المعقود عليه قبل التمكن من القبض تلفاً لا ضمان فيه فهنا ينفسخ العقد[٢].

الخامس: المقَاصَّةُ، وهي اقتطاع دين من دين[٣]؛ كما لو كان لِي عَلَيْك دَيْنٌ بِمائَةِ أَلْفِ رِيَالٍ سُعُودِيٍّ، وَلَك دَيْنٌ عَلَيَّ بِثَلَاثِينَ أَلْفِ دُولَارٍ، فَإِذَا حَصَلَتْ مُقَاصَّةٌ بَيْنَ الطَّرَفَيْنِ، كان ذلك مِنْ أَسْبَابِ انْتِهَاءِ الِالْتِزَامِ.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣١٤، الأشباه لابن نجيم ص٣٣٦، قواعد ابن رجب ص٣٢، الموسوعة الفقهية الكويتية ٦/١٧٢-١٧٣.

(٢) انظر: "المغني" لابن قدامة - (١٢/ ٣٨٧)، و"القوانين الفقهية" لابن جزيٍّ - (٢/ ١٦٠).

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣/٢٦٧.

السادس: اتِّحَادُ الذِّمَّةِ؛ وَمِنْ أَمْثِلَةِ ذَلِك: مَا لَوْ كان هُنَاك تَعَامُلٌ بَيْنَ شركتين، وَقَدْ رُتِّبَ عَلَيْهِ الْتِزَامٌ، فَدَخَلَتْ إِحْدَى الشركتين فِي الأُخْرَى، فَحِينَئِذٍ نَقُولُ: قَدْ أَصْبَحَتْ ذِمَّتُهُمَا الماليَّةُ وَاحِدَةً، وَمِنْ ثَمَّ يُلْغَى الالْتِزَامُ السَّابِقُ؛ لِأَنَّ الالْتِزَامَ لَا يَكونُ مِنَ الإِنْسَانِ لِنَفْسِهِ، وَ يُدْخِلُ كثِيرٌ مِنَ القَانُونِيِّينَ «الزَّوَاجَ» فِي هَذَا الباب؛ لِأَنَّهُمْ يَرَوْنَ أَنَّ ذِمَّةَ الزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ قَدْ اتَّحَدَتا فَصارَتَا ذِمَّةً وَاحِدَةً، ولِذلك يَعُدُّوْنَ مِنْ أَسْبابِ انْتِهاء الالْتِزام حُصُولَ الزَّوَاجِ بَيْنَهُمَا.

ومثالُ ذلك: امْرَأَةٌ لَهَا دَيْنٌ عَلَى رَجُلٍ سِتُّمِائَةِ مِلْيُونٍ فَتَزَوَّجَهَا، فَحُصُولُ الزَّواجِ يوجبُ عند القانُونِيِّينَ إِلْغاءَ تِلْك الدُّيُونِ، **وَهَذَا لَا شَك أَنَّهُ نَوْعٌ مِنْ الظُّلْمِ؛ إِذْ لَيْسَ مِنْ مُقْتَضَياتِ عَقْدِ الزَّوَاجِ إِلْغَاءُ الحُقُوقِ السَّابِقَةِ لِلزَّوْجَةِ عَلَى الزَّوْجِ**.

السابع: انْعِدَامُ الأَهْلِيَّةِ؛ فإِذَا انْعَدَمَتِ الأَهْلِيَّةُ انْتَهى الالْتِزَامُ في عدد من العقود.

ومِنْ أَمْثِلَةِ ذلك: عَقْدِ الوَكالَةِ، لو أَنَّ وَالِداً وَكلَ ابْنَهُ فِي أَعْمَالِهِ التِّجَارِيَّةِ، فَعَمِلَ بِمُقْتَضى تلك الوكالةِ خَمْسَ سَنِيْنَ، وَفِي السَّنَةِ السَّادِسَةِ خَرِفَ الأَبُ - وأَصْبَحَ لَا يَعِي لِكبَرِ سِنِّهِ - فَحِينَئِذٍ نَقُولُ: إِنَّ الالْتِزَامَ السَّابِقَ بِالوَكالَةِ قَدْ أَصْبَحَ الآنَ لَاغِيًا؛ لِانْعِدَامِ أَهْلِيَّةِ الموَكلِ، ومِنْ ثَمَّ فلا يجوزُ للوكيلِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي شَيْءٍ مِنْ أُمُورِهِ إِلَّا بِصَك وِلَايَةٍ وَوَكالَةٍ غَيْرِ الوَكالَةِ السَّابِقَةِ.

الثامن: الرُّجُوعُ فِي التَّبَرُّعَاتِ قَبْلَ الْقَبْضِ كالْوَصِيَّةِ وَالْهِبَةِ، وَبَعْدَ الْقَبْضِ فِي الْعَارِيَّةِ وَالْقَرْضِ عِنْدَ غَيْرِ الْمَالِكِيَّةِ.

التاسع: انتقال الالتزام كما في الحوالة.

العاشر: التقادم، كما في نفقة الأقارب(١).

تَنْبِيهٌ:

يجدر بِنَا - مِنْ خِلَالِ مَا سَبَقَ - أَنْ نُؤَكدَ عَلَى أَمْرَينِ مُهِمَّينِ:

---

(١) الالتزامات في الشرع الإسلامي، لأحمد إبراهيم بله ص٢٢٥.

الأول: أَنَّ الفُقَهاءَ لَمْ يَكثُرْ بَحْثُهُمْ لِمَبْدَأِ الالْتِزَامِ كوحْدَةٍ وَاحِدَةٍ لَهَا أَحْكامٌ مُسْتَقِلَّةٌ، وَإِنَّمَا قَسَّمُوا جُزْئِيَّاتِ هَذَا المَوْضُوعِ فِي أَبْوَابٍ فِقْهِيَّةٍ مُتَنَاثِرَةٍ، وبَحَثُوا أَحْكامَ الالتِزامِ في مَوْضِعِها المناسبِ مِنْ تلك الأَبوابِ.

الثاني: أَنَّ فُقَهاءَ الشريعة قَدْ انْقَسَمُوا بِالنِّسْبَةِ لِقَبُوْلِ "مُصْطَلَحِ الالْتِزَامِ" أَوْ عَدَمِ قَبولِهِ إلى طائِفَتَيْنِ:

قَالَتْ إِحْداهُما: إِنَّه مُصْطَلَحٌ لَا إِشْكالَ فِيهِ؛ وَمِنْ ثَمَّ قَبِلُوهُ وَاسْتَعْمَلُوهُ، بَيْنَمَا قَالَتْ الطَائِفَةُ الأُخْرَى: إِنَّه مُصْطَلَحٌ دَخِيلٌ غَيْرُ مَرْضِيٍّ؛ لِأَنَّهُ يَشْتَمِلُ عَلَى مَعَانٍ مُتَفَاوِتَةٍ مُتَعَدِّدَةٍ، وَلِذلك فَإِنَّهُمْ يَرَوْنَ أَنَّ الأَوْلى هو الِاقْتِصَارُ عَلَى مُصْطَلَحَاتٍ أُخْرَى فِيهَا مُلاحَظَةٌ ورِعَايَةٌ لِلْجَانِبِ النَّفْسِي وَنَحْوِهِ، كمُصْطَلَحِ الحَقِّ، وَمُصْطَلَحِ الوَاجِبِ، ونَحْوِهما.

بَعْض الفروقاتِ بَيْنَ النَّظرَةِ الشرعيةِ وَالنَّظرَةِ الحقُوقِيَّةِ فِي بَابِ الالْتِزَامِ:

ثَمَّةَ بَعْضُ الفروقِ بَيْنَ طَرِيْقَةِ فُقهاءِ الشريعة وطَرِيْقَةِ القانونينَ في بَحْثِ مَسْأَلَةِ الالتِزامِ، وفيما يلي الإشارةُ إلى أَظْهرِ الفروقِ بينَ الطَّرِيْقَتينِ:

الأَوَّل: أَنَّ القَانُونِيِّينَ لَا يُفَرِّقُونَ بَيْنَ مُصْطَلَحَي الإِلْزَامِ وَالِالْتِزَامِ، وَالصَّوَابُ: هو التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا؛ فَ «الِالْتِزَامُ»: هو تَعَهُّدٌ صَادِرٌ مِنَ المُلْتَزِمِ، أَوْ وَاجِبٌ مُتَرَتِّبٌ عَلَى فِعْلِ المُلْتَزِمِ، بِخِلَافِ «الإِلْزَامِ» فَإِنَّهُ فِعْلٌ مُوجِبٌ مِنْ صَاحِبِ الوِلَايَةِ وَنَحْوِهَا، وَهِيَ مُغَايِرَةٌ لِلْمُلْتَزِمِ، وَمِنْ ثَمَّ نُنَبِّه إِلى أَنَّ عِنْدَ القَانُونِيِّينَ خَلْطاً بَيْنَ هذينِ الأَمْرَيْنِ: الإِلْزَامِ وَالِالْتِزَامِ، وقد تَقَدَّمَ التَّنْبِيهُ على ذلك[1].

الثاني: أَنَّ كثِيْراً مِنْ الحُقُوقِيِّينَ يَخْلِطُونَ بَيْنَ نَظَرِيَّةِ العَقْدِ وَنَظَرِيَّةِ الِالْتِزَامِ؛ والتَّحْقِيقُ أَنَّ «العَقْدَ» لَيْسَ الْتِزَامًا، وَإِنَّمَا هو سَبَبٌ لِلِالْتِزَامِ، وَالِالْتِزَامُ نَاتِجٌ عَنْهُ[2].

الثالث: أَنَّ الدِّرَاسَةَ القَانُونِيَّةَ لَا تَنْظُرُ إِلَى الإِيجَابِ المَبْنِيِّ عَلَى الأَوَامِرِ الشرعية.

---

(١) انظر: ماسبق – ص٥٣.

(٢) انظر: ماسبق في مَبْحَثِ "أَسْبابِ الالتزامِ" – ص٦٠.

الرابع: أَنَّ عُلماءَ الشريعة يَشْرِطونَ في مَحَلِّ الالتِزامِ أَو الملْتَزَمِ بِهِ شروطاً لا يشرطها القانونِيُّونَ؛ و بَيانُ تلك الشروطِ فِيْما يلي:

الأَول: أَنْ يَكونَ مَحَلُّ الِالْتِزَامِ قَابِلًا لِآثَارِ التَّصَرُّفِ، وَمِنْ ثَمَّ فَلَوْ أَوْصَى لِكلْبٍ لَمْ تَصِحَّ الوَصِيَّةُ؛ وعِلَّةُ ذلك أَنَّ الكلْبَ غَيرُ قَابِلٍ لِلمِلْك، كَمَا يُقَرِّرُ ذلك عُلَماءُ الشريعة، بِخِلَافِ الأَمْرِ عِنْدَ القَانُونِيِّينَ؛ فَإِنَّهُمْ لَا يَشْتَرِطُونَ قَابِلِيَّةَ المحَلِّ لِحُكمِ التَّصَرُّفِ.

الثاني: أَلَّا يَكونَ الملْتَزَمُ بِهِ مُخَالِفًا للشرع؛ فَإِذَا كانَ الملْتَزَمُ بِهِ مُخَالِفًا للشرع فَإِنَّهُ لَا يَكونُ لازِماً شرعاً كما قرر الفقهاء.

ومِنْ أَمْثِلَةِ ذَلِك: ما لَوْ بَاعَ بَيْعًا وكان الثَّمَنُ فيه خِنْزِيراً، فَنَقُولُ: هَذَا البيعُ قَدْ وَقَعَ مُخَالِفاً لِمَا جَاءتْ بِهِ الشريعة، وَلِذلك لَا يَلْزَمُ الوَفَاءُ بِهَذَا النَّوْعِ مِنْ الالْتِزَامِ.

وَقَدْ يَقَعُ الِاخْتِلَافُ بَيْنَ فُقَهَاءِ الشريعة: هَلْ ذَلِك مِمَّا يُبْطِلُ العَقْدَ؟ أَوْ أَنَّهُ لَا يُبْطِلُ العَقْدَ وَيُمْكنُ تَصْحِيحُهُ بِالنَّظَرِ فِي ثَمَنِ أَمْثَالِهِ؟.

الخامس: أَنَّ عُلَماءَ الشريعة يُراعُونَ جَانِبَ أَهْلِيَّةِ المكلَّفِ في الِالْتِزَامِ، فَلَوْ عَقَدَ الصَّبِيُّ عُقُودًا لَمْ تَكنْ تِلْك العُقُودُ مُلْزِمَةً وذلك لِأَنَّ صَاحِبَ التَّصَرُّفِ لَيْسَ مِمَّنْ لَهُ أَهْلِيَّةُ التَّصَرُّفِ، هذا بِخِلَافِ الأَمْرِ عِنْدَ القَانُونِيِّينَ؛ فَإِنَّهُمْ لَا يُلَاحِظُونَ جَانِبَ أَهْلِيَّةِ المكلَّفِ حالَ تَصَرُّفِهِ في الالتِزامِ.

مسألة:

أَيُّهُمَا أَوْلَى: أَنْ يُبْحَثَ الِالْتِزَامُ فِي بَابٍ وَاحِدٍ؟ أَوْ أَنْ يجعل فِي كلِّ بَابٍ مَا يُنَاسِبُهُ مِنْ أَحْكامِ الِالْتِزَامِ؟

يَقُولُ الفُقَهَاءُ: إِنَّ الأَوْلى هو أَنْ تُجَزَّأَ أَحكامُ الِالْتِزَامِ، فَيُجْعَلَ فِي كلِّ بَابٍ مِنْهَا ما يخصه من الأحكام؛ وذلك لأَمْرين:

الأَول: اخْتِلافُ أَحكام الالتزام مِنْ جِهَةِ حَقِيقَتِهَا وَكيْفِيَّتِها، فَمِنْهَا مَا هُوَ وَاجِبٌ، وَمِنْهَا مَا هُوَ مَنْدُوبٌ، وَمِنْهَا مَا هُوَ مُبَاحٌ، وَمِنْهَا مَا هُوَ مَكرُوهٌ، وذلك يَقْتَضِي تَقْسِيمَ مَبَاحِثِ الِالْتِزَامِ بِحَسَبِ أَبْوَابِهَا.

الثاني: اخْتِلافُ الالتِزامِ لاخْتِلَافِ الأُصُولِ المنْهَجِيَّةِ والنَّظَرِيَّاتِ الَّتِي يَنْبَنِي عَلَيْهَا، فالنَّظَرِيَّةُ الِاشْتِرَاكِيَّةُ مَثلاً تُرَتِّبُ الِتْزاماتٍ مُعَيَّنَةً بِنَاءً عَلَى أُصولِها العَقَدِيَّةِ والفِكرِيَّةِ التي تنبني عليها، وَالنَّظَرِيَّةُ الرَّأْسِمَالِيَّةُ كذلك، وَمِنْ ثَمَّ فَلَيْسَ حالُ ولا مآلُ جَمِيعِ الالتِزاماتِ واحداً، ولا مُوصِلاً إلى النَّتِيجَةِ نَفْسِها، بلْ يَخْتَلِفُ ذلك بِاخْتِلَافِ النَّظَرِيَّاتِ وَالمنَاهِجِ الفِكرِيَّةِ التي تَقومُ عليها وتَسْتَنِدُ إليها، وَهَذَا أَمْرٌ يَنْبَغي أَنْ يَحْمِلَنا عَلَى الِاعْتِزَازِ بِإِرْثِنَا الفِقْهِيِّ العَظِيْمِ؛ والذي حَوى جُمَلاً مِنْ التَأْصِيْلاتِ، ونَظَمَ عَدداً مِنْ التَفْصِيلَاتِ التي لا نَجِدُها في غَيْرِهِ مِنْ المناهِجِ السابِقَةِ وغيرِها.

ذِكرُ عَدَدٍ مِنَ المُؤَلَّفَاتِ المُتَعَلِّقَةِ بِنَظَرِيَّةِ الالتِزامِ:

يَقِفُ الباحثُ المتَخَصِّصُ أو القارئُ بِعامةٍ على كثيْرٍ مِنْ الكتاباتِ وعَدِيْدٍ مِنْ المؤَلَّفَاتِ المصَنَّفَةِ فِي نَظَرِيَّةِ الِالْتِزَامِ؛ وهي على نوعين:

الأَول: مؤَلَّفَاتٌ قَانُونِيَّةُ السِّمَةِ والطَابَعِ، مَشى فيها أَصْحابُها على طريقةِ القانُونِيِّيْنَ، وسَلكوا مِنهَاجَهم في دِراسَةِ هذِهِ النَّظَرِيَّةِ.

الثاني: مؤَلَّفَاتٌ عُنِي أَصْحابُها بِدراسَةِ هذِهِ النَّظَرِيَّةِ بالنَّظَرِ إلى أَحْكامِ الشريعة، ووَفْقِ طَريقةِ فُقَهائِهَا.

ومِنْ أَمْثِلَةِ النوعِ الثاني من التآليفِ ما يلي:

- "النَّظَرِيَّةِ العَامَّةِ لِلِالْتِزَامَاتِ" لأمجد محمد منصور.
- "الوجِيْز في النَّظَرِيَّةِ العَامَّةِ لِلِالْتِزَامِ – دِراسةٌ مُقارنَةٌ بالفقهِ الإِسْلامِيِّ المقارنِ" لحسن علي الذنون ومحمد سعيد الرحو.
- "النَّظَرِيَّةُ العَامَّةُ لِلِالْتِزَامَاتِ فِي الشريعة الإِسْلَامِيَّةِ" لشَفِيق شِحَاتَة.
- "نَظَرِيَّةُ الِالْتِزَامِ فِي الشريعة الإِسْلَامِيَّةِ والتشريعات العَرَبِيَّةِ" لعَبْدِ النَّاصِرِ تَوْفِيق العَطَّارِ.
- "المَدْخَلِ إِلَى نَظَرِيَّةِ الِالْتِزَامِ في الفقهِ الإِسْلاميِّ" لِمُصْطَفَى أَحمد الزَّرْقَا.
- "المبادئ الأَساسية في نظرية الالتزام لسمير عبدالسيد تناغو.

- "أحكام الالتزام والإثبات" لسمير عبدالسيد.
- "الوجيز في النظرية العامة للالتزام" لعبدالرزاق السنهوري.
- "النظرية العامة للالتزام" لمحمد علي البدوي.
- "أحكام الالتزام" لمصطفى الجمال.
- "سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي" لجمال الدين محمد محمود.
- "شرح النظرية العامة للالتزام" لفتحي عبدالرحيم عبدالله وأحمد شوقي محمد عبدالرحمن.
- "مقدمة القانون، نظرية الحق والالتزام" لأنور عبدالله وحسين النوري.
- "النظرية العامة للالتزام" لتوفيق فرج، وله "دروس في النظرية العامة للالتزام".
- "دروس في نظرية الحق ومصادر الالتزم" لمصطفى عبدالسيد الجارحي.
- "النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي" لعبدالحي حجازي، وله "مذكرات في نظرية الالتزام".
- "الالتزام بين الشريعة والقانون" لعبدالخالق حسن.
- "الذمة والحق والالتزام" للمكاشفي طه.
- "النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني" لمنذر الفضل.
- "مصادر وأحكام الالتزام" لمصطفى الجمال، ورمضان أبوالسعود، ونبيل إبراهيم سعد.
- "أحكام الالتزام" لأمين دواس.
- "أحكام الالتزام" لأنور سلطان.
- "الالتزام العيني بين الشريعة والقانون" لعبدالعزيز أبو غنيمة.
- "الالتزامات – القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي" لمحمد البيات وأيمن أبوالعيال.

*****

الفصل الثالث

نَظَرِيَّةُ المِلْكِيَّة

توْطِئَةٌ:

لاحَظَتْ الشريعة الإِسْلَامِيَّةُ مَسْأَلَةَ المِلْكيَّةِ ونَصَّتْ عَلَى التَّمَلُّك ومشروعيته فِي مَوَاطِنَ كثِيرَةٍ مِنَ الأَدِلَّةِ الشرعية ، ومِنْ ذَلِك:

قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾(١) .

وَقَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ﴾(٢) فَنَسَبَ الله جل وعلا المَالَ إِلَيْهِمْ في الموضِعَيْنِ.

وَقالَ النَّبِيُّ ﷺ: **(يَقُولُ العَبْدُ: مَالِي مَالِي. إِنَّمَا لَهُ مِنْ مَالِهِ ثَلَاثٌ: مَا أَكَلَ فَأَفْنَى، أَوْ لَبِسَ فَأَبْلَى، أَوْ أَعْطَى فَاقْتَنَى، وَمَا سِوَى ذَلِك فَهُوَ ذَاهِبٌ وَتَارِكُهُ لِلنَّاسِ)**(٣) .

وَقَالَ: **(أَيُّكمْ مَالُ وَارِثِهِ أَحَبُّ إِلَيْهِ مِنْ مَالِهِ ؟)** قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، مَا مِنَّا أَحَدٌ إِلَّا ومَالُهُ أَحَبُّ إِلَيْهِ مِنْ مَالِ وَارِثِهِ، قَالَ: **(فَإِنَّ مَالَهُ مَا قَدَّمَ وَمَالُ وَارِثِهِ مَا أَخَّرَ)**(٤).

وَمِمَّا لاشَك فِيهِ أَنَّ الشريعة قَدْ أَكدَتْ كذلك عَلَى وُجُوبِ احْتِرَامِ مُمْتَلَكاتِ الآخَرِينَ، وحَرَّمتْ كلَّ اعْتِدَاءٍ عَلَيْهَا؛ فقَالَ تَعَالَى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم

---

(١) سورة التوبة، الآية [١٠٣].

(٢) سورة البقرة، الآيات [٢٧٩]، وانظر: [١٨٨، ٢٦١، ٢٦٢، ٢٦٥، ٢٧٩]، آل عمران: [١٨٦]، النساء: [٢، ٥، ٢٩، ٣٤، ٣٨، ٩٥]، الأنفال: [٢٨]، التوبة: [٤١، ٤٤]، سبأ: [٣٧]، محمد: [٣٦]، الصف: [١١]، المنافقون: [٩]، التغابن: [١٥]، المعارج: [٢٤].

(٣) أخرجه مسلم في "الصحيح" - "كتاب الزهد والرقائق" حديث (٢٩٥٦)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٤) أخرجه البخاري في "الصحيح" - "كتاب الرقاق- باب ما قدم من ماله فهو له"، حديث (٦٤٤٢)، من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.

بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ﴿٢٩﴾ وَمَن يَفۡعَلۡ ذَٰلِكَ﴾، يَعْنِي: مِنْ أَكلِ المَالِ أَوِ القَتْلِ: ﴿عُدۡوَٰنٗا وَظُلۡمٗا فَسَوۡفَ نُصۡلِيهِ نَارٗاۚ وَكَانَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱللَّهِ يَسِيرًا﴾(١).

وَقال النَّبِيُّ ﷺ: (إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالكُمْ وَأَعْرَاضَكُم عَلَيْكُمْ حَرَامٌ، كحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا)(٢).

وَقالَ أَيْضاً: (مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ يَقْتَطِعُ بِهَا مَالَ امْرِئٍ مُسْلِمٍ، هُوَ عَلَيْهَا فَاجِرٌ، لَقِيَ اللَّهَ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضْبَانُ)(٣).

وَقَالَ كذلك: (فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِحَقِّ مُسْلِمٍ، فَإِنَّمَا هِيَ قِطْعَةٌ مِنَ النَّارِ، فَلْيَأْخُذْهَا أَوْ فَلْيَتْرُكهَا)(٤)، فِي نُصُوصٍ كثِيرَةٍ تُؤَكدُ هَذَا المَعْنَى.

---

(١) سورة النساء، الآيتان [٢٩، ٣٠].

(٢) أخرجه البخاري في "الصحيح" - "كتاب المغازي- باب حجة الوداع" حديث (٤٤٠٥)، ومسلم في "الصحيح" - " كتاب الإيمان- باب بيان معنى قول النبي ﷺ: "لا ترجعوا بعدي كفارًا"" حديث (٦٥) من حديث جرير بن عبد الله -رضي الله عنه-.

(٣) أخرجه البخاري في "الصحيح" - "كِتَاب الْأَيْمَانِ وَالنُّذُورِ - بَاب قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَكۡتُمُونَ مَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ مِنَ ٱلۡكِتَٰبِ وَيَشۡتَرُونَ بِهِۦ ثَمَنٗا قَلِيلًا أُوْلَٰٓئِكَ مَا يَأۡكُلُونَ فِي بُطُونِهِمۡ إِلَّا ٱلنَّارَ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ ٱللَّهُ يَوۡمَ ٱلۡقِيَٰمَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمۡ وَلَهُمۡ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾- (١٦/ ٥٥٢)، حديث (٦٦٧٧)، ومسلم في "الصحيح" - "كتاب الإيمان - باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار " - (١/ ١٢٢)، حديث (٢٢٠)، من حديث عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه-.

(٤) أخرجه البخاري في "الصحيح" - "كتاب المظالم- بَاب إِثْمِ مَنْ خَاصَمَ فِي بَاطِلٍ وَهُوَ يَعْلَمُهُ" - (٢٥٧/٦)، حديث (٢٤٥٨)، ومسلم في "الصحيح" - "كتاب الأقضية- باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة" حديث (١٧١٣)، من حديث أم سلمة رضي الله عنها.

ومَعَ ما سَبَقَ إِيْرادُهُ مِنْ أَدِلَّةٍ مُثْبِتَةٍ لِحَقِّ الإِنْسانِ في التَّمَلُّك ورِعايَةِ الشريعة لِذلك، إلاّ أَنَّ مِلْكِيَّةَ الإِنْسَانِ لِذلك المالِ لَا تَعْنِي انْقِطَاعَ مِلْكيَّةِ اللهِ لَهُ؛ وذلك لأَنَّ اللهَ عَزَّ وَجَلَّ مالك للإِنْسَانِ ومَا مَلَك؛ وَلِهَذَا قَالَ تَعَالَى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾(١)(٢)، وقال سبحانه: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ ۚ وَهُوَ عَلَىٰ كُلِّ شَىْءٍ قَدِيرٌۢ﴾(٣).

وَتَجْدُرُ الإِشَارةُ هُنا إِلى أَنَّ فُقَهاءَ الشريعة لَمْ يُفْرِدُوا - فِي مُؤَلَّفاتِهِم الفِقْهِيَّةِ - مَسْأَلَةَ المِلْكِيَّةِ بِبَابٍ مُسْتَقِلٍّ، وَإِنَّمَا كانوا يَذْكُرُونَ أَحْكامَهَا وَيَنْثُرونَهَا فِي العَدِيدِ مِنَ الأَبْوَابِ الفِقْهِيَّةِ؛ بَدْءًا مِنَ الطَّهَارَةِ إِلَى الإِقْرَارِ، فَفِي الطَّهَارَةِ مَثَلًا يَذْكرونَ: مَا لو لَمْ يجد الإِنْسَانُ مَاءً يَمْلِكهُ، وَوَجَدَهُ عِنْدَ غَيْرِهِ، فهَلْ يَلْزَمُهُ شِرَاؤُهُ لِيَتَوَضَّأَ أَو لا؟ وهَذَا مِنْ أَحْكامِ المِلْكيَّةِ.

وَيَكْثُرُ كلَامُ الفُقَهاءِ -رَحِمَهُم اللهُ- عَنْ أَحْكامِ المِلْكيَّةِ كذلك فِي أَبْوَابِ المعَامَلَاتِ المالِيَّةِ، وَمِنْ هُنَا فَإِنَّ مِنَ الممْكنِ اسْتِخْلَاصَ نَظَرِيَّةٍ للمِلْكيَّةِ مِنْ خِلالِ أَبْحاثِهم المتَنَاثِرَةِ لَهَا في أَبواب الفِقْهِ المتَنَوِّعَةِ.

---

(١) سورة النور، الآية [٣٣].

(٢) **فائدةٌ**: قال ابْنُ رَجَبٍ رحمه الله في "القَاعِدَةُ السَّادِسَة وَالثَّمَانُونَ" مِنْ كِتابِهِ "القواعد": «وَاعْلَمْ أَنَّ ابْنَ عَقِيلٍ ذَكَرَ فِي "الوَاضِحِ فِي أُصول الفِقْهِ" إِجْمَاعَ الفُقَهَاءِ عَلى أَنَّ العِبَادَ لا يَمْلكونَ الأَعْيَانَ وَإِنَّمَا مَالكُ الأَعْيَانِ خَالِقُهَا سُبْحَانَهُ وَتَعَالى وَأَنَّ العِبَادَ لا يَمْلكُونَ سِوَى الانْتِفَاعِ بِهَا عَلى الوَجْهِ المَأْذُونِ فِيهِ شَرْعًا فَمَنْ كَانَ مَالكًا لعُمُومِ الانْتِفَاعِ فَهُوَ المَالكُ المطْلَقُ وَمَنْ كَانَ مَالكًا لنَوْعٍ مِنْهُ فَمِلكُهُ مُقَيَّدٌ وَيَخْتَصُّ بِاسْمٍ خَاصٍّ يَمْتَازُ بِهِ كَالمسْتَأْجِرِ وَالمسْتَعِيرِ وَغَيْرِ ذَلكَ، وَكَذَا ذَكَرَ ابْنُ الزَّاغُونِيِّ فِي كِتَابِ "غُرَرِ البَيَانِ"»، وَرَجَّحَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ رحمه الله. وانظر: الواضح ١/٨٩ و٥/٤٣٨، درء التعارض ٤/٩.

(٣) سورة المائدة، الآية [١٢٠].

وَقَدْ أَفْرَدَ بَعْضُ المؤَلِّفِينَ فِي القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ فَصْلًا فِي الملْكيَّةِ، وَذَكَرُوا جُملاً مِنْ أَحْكامِهَا؛ كما فَعَلَ ذَلِك الزَّرْكشِيُّ فِي «المَنْثُورِ»(١)، وَالسُّيُوطِيُّ وَابْنُ نُجَيْمٍ فِي كتابيهما «الأَشْبَاهِ وَالنَّظَائِرِ»؛ حَيْثُ ذَكرُوا المِلْكيَّةَ، وَحَقِيقَتَها، وَذَكرُوا المِلْك وَحَقِيقَتَهُ، وَأَسْبَابَهُ، وَأَقْسَامَهُ، وَأَحْكامَهُ(٢).

مَناهِجِ المؤَلِّفينَ في بابِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّة:

تَبايَنَتْ مَناهِجُ المؤَلِّفينَ في بابِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ عِنْدَ بَحْثِهِم لِهذهِ النَّظَرِيَّةِ واخْتَلَفَتْ طَرَائِقُهُم في تَناولِها وعَرْضِهَا ويُمْكنُ حَصْرُ تِلك المناهِجِ وإجمالها في مَنْهَجَيْنِ رَئِيسَيْنِ:

الأول: إِفْرادُها بالبَحْثِ ودِراسَتُها باعْتِبارِ أَنَّها نَظَرِيَّةٌ مُسْتَقِلَّةٌ، وَمِنْ أولئك الذين سَلَكوا هَذا المنْهَجَ الشيخ مصْطفى أَحمد الزرقا(٣).

الثاني: جَعَلُهَا مُقَدِّمَةً لِنَظَرِيَّةِ العَقْدِ، وَعَدَمُ اعْتِبارِها نَظَرِيَّةً مُسْتَقِلَّةً، وَمِنْ هَؤُلاءِ الشَّيْخُ أَبُو زَهْرَةَ(٤)؛ حَيْثُ أَلَّفَ كتابًا فِي "الملْكيَّةِ ونَظَرِيَّةِ العَقْدِ"(٥)؛ وَالسَّبَبُ الباعِثُ لِهَؤُلاءِ في سلوك هذا المنْهَجِ هو كوْنُ العَقْدِ أَحَدَ أَسْبَابِ الملْك.

---

(١) المنثور للزركشي ٣/٢٢٣.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٥١٨، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٤١١.

(٣) وذلك في كتابه "المدخل الفقهي العام" فقد أفرد فيه فصلاً مستقلاً لبحث هذه النَّظرية.

(٤) هو محمد بن أحمد أبو زهرة: مِنْ علماء الشريعة الإسلامية المعروفينَ في عصره، ولد بمدينة المحلة الكبرى سنة ١٣١٦هـ وتربى بالجامع الأحمدي وتعلم بمدرسة القضاء الشرعي (١٣٣٤هـ - ١٣٤٣هـ)، وتولى تدريس العلوم الشرعية والعربية ثلاث سنوات، وعَلَّمَ في المدارس الثانوية سنتين ونصفاً، وبدأ اتجاهه إلى البحث العلمي في كلية أصول الدين سنة١٣٥١هـ، وعين أستاذا محاضرا للدراسات العليا في الجامعة سنة ١٣٥٣هـ، وعضوا للمجلس الأعلى للبحوث العلمية، وكان وكيلاً لكلية الحقوق بجامعة القاهرة، ووكيلاً لمعهد الدراسات الإسلامية، وأصدر من تأليفه أكثر من ٤٠ كتاباً، وكانت وفاته سنة ١٣٩٤هـ. انظر: "الأَعْلام" للزركلي - (٦/ ٢٥).

(٥) وعنوانه: "الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية"، وهو مطبوع.

وَأَمَّا القَانُونِيُّونَ فَإِنَّهم لَا يَعُدُّونَ الملْكِيَّةَ نَظَرِيَّةً مُسْتَقِلَّةً، وَإِنَّمَا يَتكلَّمُونَ عَنْهَا ضِمْنَ كلامِهِم عَنْ نَظَرِيَّةِ "الحَقِّ"؛ فَيَجْعَلُونَ الملْكِيَّةَ رُكنًا مِنْ أَرْكانِ هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ؛ لِأَنَّ الملْكِيَّةَ هِيَ مَحَلُّ الحَقِّ، وَلِذَلِك لَا يَقُولُونَ: نَظَرِيَّةُ المِلْكِيَّةِ، وَإِنَّمَا يُعَبِّرُونَ عَنْها بِقَوْلِهِم: حَقُّ المِلْكِيَّةِ(١).

وَعِنْدَ النَّظَرِ فِي مَوْضُوعِ الملْكِيَّةِ وَالكلَامِ فِيهِ، نَجِدُ أَنَّهُ مَوْضُوعٌ يَمْلِك مُكوِّنَاتِ بَحْثِ النَّظَرِيَّاتِ الفِقْهِيَّةِ؛ وَلِذَا نَاسَبَ أَنْ يُتكلَّمَ عَنْهُ عَلَى أَنَّهُ نَظَرِيَّةٌ فِقْهِيَّةٌ مُسْتَقِلَّةٌ.

مَعْنَى المِلْكِيَّة:

المِلْك - بِفَتْحِ المِيمِ وَكسْرِهَا وَضَمِّهَا - فِي اللُّغَةِ: هُوَ حِيَازَةُ الإِنْسَانِ لِلْمَالِ مَعَ الِانْفِرَادِ بِهِ.

وقالَ بَعْضُهُمْ: «هُوَ احْتِوَاءُ الشَّيْءِ وَالْقُدْرَةُ عَلَى الِاسْتِبْدَادِ بِهِ وَالتَّصَرُّفُ بِانْفِرَادٍ»(٢).

وَأَمَّا تَعْرِيفُ المِلْكِيَّةِ فِي اصْطِلَاحِ الفُقَهَاءِ، فَإِنَّهُمْ يُعَرِّفُونَهَا بِتَعْرِيفاتٍ مُتَقَارِبَةٍ، مِنْهَا قَوْلُ بَعْضِهِمْ: الملْكِيَّةُ القُدْرَةُ الشرعية عَلَى التَّصَرُّفِ ابْتِدَاءً إِلَّا لِمَانِعٍ(٣).

---

(١) الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي ١/١١٨، النظرية العامة للقانون للدكتور مصطفى الجمّال ص٥٩٥.

(٢) انظر: "المحكم" لابن سِيْده - (٧/ ٥٤)، و"القاموس المحيط" للفيروزابادي - (ص: ١٢٣٢)، و"لسان العرب" لابنِ منظور - (١٠/ ٤٩١)، و"المعجم الوسيط" - (٢/ ٨٨٦)، و"المدخل الفقهي العام" للزرقا - (٢/٣٣٣)، و"الموسوعة الفقهية الكويتية" - (٣٩/٣١).

(٣) انظر: "الكليات" لأبي البقاءِ الكفويِّ - (ص:١٣٧٥)، وانظر: القواعد النورانية لابن تيمية ص٢١٨، الوجيز في المعاملات الشرعية لمحمد نجيب المغربي ص٧٦، وإقامة الدليل على إبطال التحليل لابن تيمية ص٣٠٧، ومجموع الفتاوى ٢٩/١٧٨، تفسير ابن عرفة ٤/٢٠٥.

وَقيلَ هي: « حُكمٌ شَرْعِيٌّ مُقدَّرٌ فِي الْعَيْنِ أَوِ الْمَنْفعَةِ ، يَقْتَضِي تمَكن مَنْ يُضافُ إِلَيْهِ مِنَ انْتِفَاعِهِ بِالْمَمْلُوك وَالْعِوَضِ عَنْهُ مِنْ حَيْثُ هُوَ كذَلِك »(١) .

وقِيْلَ: «الملْكيَّةَ عِلَاقَةٌ بَيْنَ الإِنْسَانِ وَالمالِ أَقَرَّهَا الشَّرْعُ ، تجعله مختصاً به ويتصرف فيه »(٢) .

إذ إن هناك عدداً من الموانع التي تمنع المالك من التصرف فيما يملك ، مثل الصغر والجنون والحجر والرهن .

وَلَعَلَّ الأَظْهَرَ فِي تَعْرِيفِ الملْكيَّةِ: أَنَّهَا تَبعِيَّةٌ تُمَكنُ المتْبُوعَ مِنَ الِانْفِرَادِ بِالِانْتِفَاعِ بِالممْلوك ، وَأَخْذِ العِوَضِ عَنْهُ وَالتَّصَرُّفِ فِيهِ ، إِلَّا لِمَانِعٍ شَرْعِيٍّ .

وَمِنْ خِلَالِ ما سَبَقَ يَظْهَرُ أَنَّ هناك فَرْقاً بينَ المالِ والملْك أَو الملْكيَّةِ ، وبَيانُ ذلك(٣) :

أَنَّ المالَ هُوَ مَحَلُّ الملْك ، وَلَيْسَ هُوَ ذاتُ الملْك ، وَإِنَّما هو مَحَلُّ الملْكيَّةِ ، وَمِنَ المَعْلُومِ أَنَّ مَحَلَّ الملْكيَّةِ أَعَمُّ مِنَ المَالِ ؛ فَإِنَّ مِنْ الحُقُوقِ ما قَدْ تُمْلَك وَلَا تَكونُ مَالًا ، فَقَدْ يَمْلِك الشَّخْصُ عَدَدًا مِنَ الحُقُوقِ ولَا يُمْكنُ أَنْ تُسَمَّى مَالًا .

وَأَمَّا الملْكيَّةُ عِنْدَ القَانُونِيِّينَ فَإِنَّهُم يُعَرِّفُونَهَا: بِأَنَّهَا الحَقُّ المبَاشِرُ لِلشَّخْصِ عَلَى شَيْءٍ مَادِّيٍّ مُعَيَّنٍ .

وَسَيَأْتِي بَيَانُ مَا فِي هَذَا التَّعْرِيفِ ، وَالفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ تعريفات الشرعيين ، عِنْدَ المقَارَنَةِ بَيْنَ الدِّرَاسَاتِ الشرعية وَالقَانُونِيَّةِ لِمَوْضُوعِ المِلْكيَّةِ(٤) .

---

(١) انظر: "الفروق" للقرافي – ٢٠٨/٣ ، معالم الاقتصاد الإسلامي المعاصر لناصر الأحمد ص١٨ ، المعاهدات لأحمد فهمي ص٤٣ "الموسوعة الفقهية الكويتية" – ٣١/٣٩ ، الأشباه والنظائر لابن السبكي ٢٥٢/١ .

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٤١٣/٤ ، و٣٤٩/٦ .

(٣) انظر: "المدخل الفقهي العام" للزرقا – ٣٣٤/٢ ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، بحث العرف لجعيط ١٠٨٩٣/٢ ، وانظر: البحر الرائق ٤٧/٧ .

(٤) انظر: "مبحث الفروقات" – (ص: ٦٥) .

أقْسامُ الْمُلْكِيَّةِ:

يُمْكنُ تَقْسِيمُ الْمُلْكيَّة بِاعْتِبَارَاتٍ مُتَعَدِّدَةٍ وحَيْثِيَّاتٍ مُخْتَلِفَةٍ، وهي مُنْحَصِرَةٌ بالاسْتِقْراءِ فِيما يَلِي:

١) أقسامُ الملكيَّة مِنْ حَيْثُ مَحَلُّ الملك[١]:

تَنْقَسِمُ المِلْكيَّةُ بِالنَّظَرِ إلى مَحَلِّ المِلك إلى ثلاثَةِ أَقْسامٍ:

الأَوَّلُ: مِلْك لِلْعَيْنِ؛ ويُسَمَّى ملك الرقبةِ أَيضاً: وهو أن تكونَ ذاتُ الشيءِ ومَادَّتُهُ مَمْلوكةً، وذلك مِثْلُ تَمَلُّك السَّيَّارَاتِ، أَو الدُّورِ، أَو الثِّيَابِ، وغَيْرِها مِن الأَعْيانِ.

الثَّانِي: مِلْك لِلْمَنْفَعَةِ: وهو أَنْ يَمْلِك الشَّخْصُ حَقَّ الاستفادةِ من الشيءِ مع المحافَظَةِ على عَيْنِهِ، وذلك مِثْلُ مِلْك المسْتَأْجِرُ لمنْفَعَةِ سُكنَى الدَّارِ الَّتِي اسْتَأْجَرَهَا.

الثَّالِثُ: مِلْك الدُّيُونِ الَّتِي تكونُ فِي الذِّمَمِ.

٢) أقسامُ الملكيَّة مِنْ حَيْثُ تَعَلُّقُ الملك بالعَيْن وَالمَنْفَعَة[٢]:

يُمْكنُ تَقْسِيمُ المِلْكيَّةِ بِالنَّظَرِ إلى تَعَلُّقِ المِلك بِالعَيْنِ وَالمَنْفَعَةِ إِلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ:

الأَوَّلُ: مِلْك العَيْنِ وَالمنْفَعَةِ: وهُوَ عَامَّةُ الأَمْلاك الوَارِدَةِ عَلى الأَعْيَانِ المملوكةِ بِالأَسْبَابِ المقْتَضِيَةِ لها مِنْ بَيْعٍ وَهِبَةٍ وَإِرْثٍ وَغَيْرِ ذَلك[٣]، ومِنْ صُوَرِ ذلك: مِلْك الشَّخْصِ لِلْقَلَمِ الَّذِي يَكتُبُ بِهِ، فَهو مالِك لِعَيْنِهِ، بِحَيْثُ يُمْكنُهُ بَيْعُهُ وهِبَتُهُ وغيرُ ذلك، وَهو كذَلِك مالِك لِمَنْفَعَتِهِ، بِحَيْثُ يُمْكنُهُ الكتَابَةُ بِهِ.

---

(١) انظر: "المدخل الفقهي العام" للزرقا – ٣٤٨/٢-٣٤٩، المنتقى شرح الموطأ ٦٢/٤، عمدة القارئ ٣١٧/١٨، البحر الرائق ٩٢/٣.

(٣) انظر: "القواعد" لابْنِ رَجَبٍ الحنبليِّ – "القَاعِدَةُ السَّادِسَة وَالثَّمَانُونَ" – ص٢٧٩، و"الموسوعة الفقهية الكويتية" – (٣٩/ ٣٣).

الثَّانِي: مِلْك لِلْعَيْنِ دُوْنَ المنْفَعَةِ: وَمِنْ أَمْثِلَةِ ذَلِك: مَا لَوْ أَوْصَى لِزَيْدٍ بِأَنْ يَنْتَفِعَ بِالسَّيَّارَةِ، مَعَ كوْنِ مِلْك عَيْنِها لِأَوْلَادِ الموصِي، فالمنْفَعَةُ هنا مَمْلُوكَةٌ لِزَيْدٍ، وَالعَيْنُ -عَيْنُ السَّيَّارَةِ- مَمْلُوكَةٌ لِأَوْلَادِ الموصِي؛ فَمِلْك أَوْلَادِ الموصِي مِلْك لِلْعَيْنِ دُوْنَ المَنْفَعَةِ.

الثَّالِثُ: مِلْك المنْفَعَةِ دُوْنَ العيْنِ، وَهُوَ ثَابِتٌ بِالاتِّفَاقِ وَهُوَ ضَرْبَانِ[1]:

أَحَدُهُمَا: مِلك مُؤَبَّدٌ وَيَنْدَرِجُ تَحْتَهُ صُوَرٌ:

منها: الوَصِيَّةُ بِالمَنَافِعِ كمَا سَبَقَ وَيَشْمَل جميع أَنْوَاعِهَا إلا مَنْفَعَةَ البُضْعِ فقد وقع فِي دُخُولهَا بِالوَصِيَّةِ خِلافٌ.

ومنها: الوَقْفُ فَإِنَّ مَنَافِعَهُ وَثَمَرَاتِهِ مَمْلوكَةٌ للمَوْقُوفِ عَلَيْهِ وفِي مِلكهِ لرَقَبَتِهِ وَجْهَانِ مَعْرُوفَانِ لهُمَا فَوَائِدُ مُتَعَدِّدَةٌ.

ومنها: الأَرْضُ الخَرَاجِيَّةُ المُقَرَّةُ فِي يَدِ مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ بِالخَرَاجِ يَمْلك مَنَافِعَهَا عَلى التَّأْبِيدِ.

وَالضَّرْبُ الثَّانِي: مِلك غَيْرُ مُؤَبَّدٍ: وِمِنْهُ الإِجَارَةُ وَمَنَافِعُ المَبِيعِ المسْتَثْنَاةُ فِي العَقْدِ مُدَّةً مَعْلومَةً، وَمِنْهُ مَا هُوَ غَيْرُ مُوَقَّتٍ لكنَّهُ غَيْرُ لازِمٍ كالعَارِيَّةِ عَلى وَجْهٍ، وَإِقْطَاعِ الاسْتِغْلال.

الرابعُ: مِلك الانْتِفَاعِ المُجَرَّدِ ولهُ صُوَرٌ مُتَعَدِّدَةٌ:

منها: مِلك المسْتَعِيرِ فَإِنَّهُ يَمْلك الانْتِفَاعَ لا المَنْفَعَةَ.

ومنها: المنْتَفِعُ بِمِلك جَارِهِ مِنْ وَضْعِ خَشَبٍ وَمَمَرٍّ فِي دَارٍ وَنَحْوِهِ.

ومنها: إِقْطَاعُ الأَرْفَاقِ كمَقَاعِدِ الأَسْوَاقِ وَنَحْوِهَا.

ومنها: الطَّعَامُ فِي دَارِ الحَرْبِ قَبْل حِيَازَتِهِ يَمْلك الغَانِمُونَ الانْتِفَاعَ بِهِ بِقَدْرِ الحَاجَةِ وَقِيَاسُهُ الأَكل مِنْ الأُضْحِيَّةِ وَالثَّمَرِ المعَلقِ وَنَحْوِهِ.

ومنها: أَكل الضيْفِ لطَعَامِ المضيفِ فَإِنَّهُ إِبَاحَةٌ محضة لا يحصل بِهِ المِلك بِحَالٍ.

---

(١) انظر: القواعد لابن رجب، القاعدة الثانية والخمسون ص٢٢٢.

الفَرْقُ بَيْنَ مِلْك المَنفَعَةِ وحَقِّ الانتفَاعِ[١]:

ثَمَّ مَسْأَلَةٌ يَجْدُرُ بِنَا الإِشَارَةُ إِلَيْها ولِبَحْثِهَا صِلَةٌ بِمَسْأَلَةِ الملْكيَّةِ وهي بيانُ الْفَرْقِ بَيْنَ أَمْرَيْنِ بَيْنَهُما شَيْءٌ مِنَ التَّقارُبِ وهما مِلْك الْمَنْفَعَةِ وحَقِّ الانْتِفَاعِ، وبَيانُ ذَلك أَنَّ الْفُقَهَاءُ يُغايِرونَ بَيْنَ مِلْك الْمَنْفَعَةِ وحَقِّ الانْتِفَاعِ مِنْ حَيْثُ الْمَنْشَأُ وَالْمَفْهُومُ وَالآثَارُ، وَحاصِلُ مَا قِيلَ فِي بيانِ الْفَرْقِ بَيْنَهُما وَجْهَانِ:

الأَوَّل: سَبَبُ حَقِّ الانْتِفَاعِ أَعَمُّ مِنْ سَبَبِ مِلْك الْمَنْفَعَةِ، باعْتِبَارِ أَنَّهُ يَثْبُتُ بِبَعْضِ الْعُقُودِ كالإِجَارَةِ وَالإِعَارَةِ مَثَلاً، ويَثْبُتُ كذَلِك بِالإِبَاحَةِ الأَصْلِيَّةِ، كالانْتِفَاعِ مِنَ الطُّرُقِ الْعَامَّةِ وَالْمَسَاجِدِ وَمَوَاقِعِ النُّسُك، وَيَثْبُتُ أَيْضًا بِالإِذْنِ مِنْ مَالِك خَاصٍّ، كَمَا لَوْ أَبَاحَ شَخْصٌ لآخَرَ أَكلَ طَعَامٍ مَمْلُوك لَهُ، أَوِ اسْتِعْمَالَ بَعْضِ مَا يُمْلَك.

أَمَّا الْمَنْفَعَةُ فَلاَ تُمْلَك إِلاَّ بِأَسْبَابٍ خَاصَّةٍ، وَهِيَ الإِجَارَةُ وَالإِعَارَةُ وَالْوَصِيَّةُ بِالْمَنْفَعَةِ وَالْوَقْفِ، عَلَى تَفْصِيلٍ وَخِلاَفٍ فِي بَعْضِ ذلك بينَ أَهْلِ العِلمِ يُطْلَبُ فِي مَظانِّهِ.

وَعَلَى ذَلِك فكل مَنْ يَمْلِك الْمَنْفَعَةَ يَسُوغُ لَهُ الانْتِفَاعُ، وَلاَ عَكسَ، فَلَيْسَ كل مَنْ لَهُ الانْتِفَاعُ يَمْلِك الْمَنْفَعَةَ، كمَا فِي الإِبَاحَةِ مَثَلاً.

الثَّانِي: أَنَّ الانْتِفَاعَ الْمَحْض حَقٌّ ضَعِيفٌ بِالنِّسْبَةِ لِمِلْك الْمَنْفَعَةِ؛ لأَنَّ صَاحِبَ الْمَنْفَعَةِ يَمْلِكهَا وَيَتَصَرَّفُ فِيهَا تَصَرُّفَ الْمُلاَّك فِي الْحُدُودِ الشرعية، بِخِلاَفِ حَقِّ الانْتِفَاعِ الْمُجَرَّدِ، لأَنَّهُ رُخْصَةٌ لاَ يَتَجَاوَزُ بها شَخْصَ الْمُنْتَفِعِ.

وَعَلَى هَذَا فَمَنْ مَلَك مَنْفَعَةَ شَيْءٍ يَمْلِك أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ بِنَفْسِهِ، أَوْ أَنْ يَنْقُلَهَا إِلَى غَيْرِهِ، وَمَنْ مَلَك الانْتِفَاعَ بِالشَّيْءِ لاَ يَمْلِك أَنْ يَنْقُلَهُ إِلَى غَيْرِهِ، إِذْ الْمَنْفَعَةُ أَعَمُّ أَثَرًا مِنَ الانْتِفَاعِ.

---

(١) انظر: الاختيار لتعليل المختار ٥/٧٧، المبسوط ٢١/١٠٨، حدود ابن عرفة ٢/٢١٠، "المدخل الفقهي العام" للزرقا – (٢/٣٧٤-٣٧٦)، و"الموسوعة الفقهية الكويتية" – (٦/٢٩٩).

يَقُول الْقَرَافِيُّ: «تَمْلِيك الانْتِفَاعِ نُرِيدُ بِهِ أَنْ يُبَاشِرَهُ هُوَ بِنَفْسِهِ فَقَطْ ، وَتَمْلِيك الْمَنْفَعَةِ هُوَ أَعَمُّ وَأَشْمَل ، فَيُبَاشِرُ بِنَفْسِهِ ، وَيُمَكنُ غَيْرَهُ مِنَ الانْتِفَاعِ بِعِوَضٍ كالإِجَارَةِ وَبِغَيْرِ عِوَضٍ كالْعَارِيَّةِ .

مِثَال الأَوَّل: سُكنَى الْمَدَارِسِ ، وَالرِّبَاطَاتِ وَالْمَجَالِسِ فِي الْجَوَامِعِ ، وَالْمَسَاجِدِ ، وَالأَسْوَاقِ ، وَمَوَاضِعِ النُّسُك ، كالْمَطَافِ وَالْمَسْعَى وَنَحْوِ ذَلِك ، فَلَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِنَفْسِهِ فَقَطْ ، وَلَوْ حَاوَل أَنْ يُؤَاجِرَ بَيْتَ الْمَدْرَسَةِ أَوْ يُسْكنَ غَيْرَهُ أَوْ يُعَاوِضَ عَلَيْهِ بِطَرِيقٍ مِنْ طُرُقِ الْمُعَاوَضَاتِ امْتَنَعَ ذَلِك ، وَكذَلِك بَقِيَّةُ النَّظَائِرِ الْمَذْكورَةِ مَعَهُ .

وَأَمَّا مَالِك الْمَنْفَعَةِ ، فكمَنِ اسْتَأْجَرَ دَارًا أَوِ اسْتَعَارَهَا ، فَلَهُ أَنْ يُؤَاجِرَهَا مِنْ غَيْرِهِ أَوْ يَسْكنَهُ بِغَيْرِ عِوَضٍ ، وَيَتَصَرَّفَ فِي هَذِهِ الْمَنْفَعَةِ تَصَرُّفَ الْمُلاَّك فِي أَمْلاَكِهِمْ عَلَى جَرْيِ الْعَادَةِ ، عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي مَلكهُ فَهُوَ تَمْلِيك مُطْلَقٌ فِي زَمَنٍ خَاصٍّ . . . »[١] .

أقسام الحقوق:

ذَكرَ ابنُ رَجَبٍ في "القواعِدِ" أَنَّ الحُقُوقَ خَمْسَةُ أَنْوَاعٍ[٢]:

أَحدُهَا: حَقُّ مِلك كحَقِّ السَّيِّدِ فِي مَال المكاتَبِ وَمَال القِنِّ إذَا قُلنَا يُملك بِالتَّمليك ، وَمَا يَمْتَنِعُ إرْثُهُ لمانِعٍ كالتَّرِكةِ المسْتَغْرَقَةِ بِالدَّيْنِ على رِوَايَةٍ ، كالمُحْرِمِ إذَا مَاتَ مَوْرُوثُهُ وَفِي مِلكهِ صَيْدٌ على أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ .

وَالثَّانِي: حَقُّ تَملك كحَقِّ الأَبِ فِي مَال وَلدِهِ وَحَقِّ العَاقِدِ للعَقْدِ إذَا وَجَبَ لهُ وَحَقِّ العَاقِدِ فِي عَقْدٍ يَمْلك فَسْخَهُ ليُعِيدَ مَا خَرَجَ عَنْهُ إلى مِلكهِ مَعَ أَنَّ فِي هَذَا شَائِبَةً مِنْ حَقِّ الملك وَحَقِّ الشَّفِيعِ فِي الشِّقْصِ .

---

(١) انظر: "الفروق" – (الْفَرْقُ الثَّلاَثُونَ بَيْنَ قَاعِدَةِ تَمْلِيكِ الانْتِفَاعِ وَبَيْنَ قَاعِدَةِ تَمْلِيكِ الْمَنْفَعَةِ) ٢/ ٢٦٠ .

(٢) انظر: "القَاعِدَةُ الخَامِسَةُ وَالثَّمَانُونَ" – باختِصارٍ .

الثَّالثُ: حَقُّ الانْتِفَاعِ وَيَدْخُل فِيهِ صُوَرٌ:

منها: وَضْعُ الجَارِ خَشَبَهُ عَلى جِدَارِ جَارِهِ إِذَا لمْ يَضُرَّ بِهِ للنَّصِّ الوَارِدِ فِيهِ(١).

ومنها: إِجْرَاءُ المَاءِ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ إِذَا اُضْطرَّ إلى ذَلك فِي إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ لقَضَاءِ عُمْرَ بِهِ(٢).

الرَّابعُ: حق الاختِصاصِ وَهُوَ عِبارَةٌ عَمَّا يختص مُسْتَحِقُّهُ بِالانْتِفَاعِ بِهِ وَلا يَمْلك أَحَدٌ مزاحمته فِيهِ وَهُوَ غَيْرُ قَابِلٍ للشمول وَالمعَاوَضَاتِ وَيَدْخُل تَحْتَ ذَلك صُوَرٌ:

منها: الكلبُ المبَاحُ اقْتِنَاؤُهُ كالمعَلمِ لمَنْ يَصْطَادُ بِهِ.

ومنها: الأَدْهَانُ المتَنَجِّسَةُ المنْتَفَعُ بِهَا بِالإِيقَادِ وَغَيْرِهِ عَلى القَوْل بِالجَوَازِ.

---

(١) يُشِيْرُ المصَنِّفُ بِهذا إلى حديثِ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: **(لَا يَمْنَعْ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَهُ فِي جِدَارِهِ ...)**.

وهو مُتَّفَقٌ عليهِ مِنْ حَدِيْثِ أبي هريرةَ، أخرجه البخاريُّ في "الصحيح" - "بَاب لَا يَمْنَعُ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَهُ فِي جِدَارِهِ"، حديث رقم (٢٤٦٣)، ومسْلِمٌ في "الصحيح" - "باب غرز الخشب في جدار الجار"، حديث رقم (١٦٠٩).

(٢) يُشِيْرُ المصَنِّفُ بِهذا إلى ما أخرجه مالك في "الموطأ" -(٢/ ٧٤٦)، ومِنْ طريقه الشافعيُّ في "مسنده" - ص٢٢٤، حديث (١٠٩٨)، والطبريُّ في "تهذيب الآثار" - " مسند ابن عباس" - ٢/٧٩١، حديث (١١٦٥)، والبيهقيُّ في "الكبرى" - ٦/ ١٥٧، حديث (١٢٢٢٩): (عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ الضَّحَّاكَ بْنَ خَلِيفَةَ سَاقَ خَلِيجًا لَهُ مِنَ الْعُرَيْضِ، فَأَرَادَ أَنْ يَمُرَّ بِهِ فِي أَرْضِ مُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ، فَأَبَى مُحَمَّدٌ، فَقَالَ لَهُ الضَّحَّاكُ: لِمَ تَمْنَعُنِي، وَهُوَ لَكَ مَنْفَعَةٌ تَشْرَبُ بِهِ أَوَّلًا وَآخِرًا، وَلَا يَضُرُّكَ، فَأَبَى مُحَمَّدٌ، فَكَلَّمَ فِيهِ الضَّحَّاكُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ فَدَعَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ مُحَمَّدَ بْنَ مَسْلَمَةَ فَأَمَرَهُ أَنْ يُخَلِّيَ سَبِيلَهُ، فَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا، فَقَالَ عُمَرُ: (لِمَ تَمْنَعُ أَخَاكَ مَا يَنْفَعُهُ، وَهُوَ لَكَ نَافِعٌ، تَسْقِي بِهِ أَوَّلًا وَآخِرًا، وَهُوَ لَا يَضُرُّكَ، فَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا وَاللَّهِ. فَقَالَ عُمَرُ: وَاللَّهِ لَيَمُرَّنَّ بِهِ، وَلَوْ عَلَى بَطْنِكَ، فَأَمَرَهُ عُمَرُ أَنْ يَمُرَّ بِهِ، فَفَعَلَ الضَّحَّاكُ).

وصححه ابن حجر في "الفتح" - (٥/ ١١١)، والألبانيُّ في "الإرواء".

ومنها: مَرَافِقُ الأَسْوَاقِ المتَّسِعَةِ التِي يَجُوزُ البَيْعُ والشراء فِيهَا كالدَّكاكينِ المبَاحَةِ وَنَحْوِهَا فَالسَّابِقُ إِليْهَا أَحَقُّ بِهَا .

ومنها: الجُلوسُ فِي المسَاجِدِ وَنَحْوِهَا لعِبَادَةٍ أَوْ مُبَاحٍ فَيَكونُ الجَالسُ أَحَقَّ بِمَجْلسِهِ إِلى أَنْ يَقُومَ عَنْهُ بِاخْتِيَارِهِ قَاطِعًا للجُلوسِ أَمَّا إِنْ قَامَ لحَاجَةٍ عَارِضَةٍ وَنِيَّتُهُ العَوْدُ فَهُوَ أَحَقُّ بِمَجْلسِهِ .

٣) أقسامُ المِلكيَّةِ مِنْ حيثُ حقيقةِ الملك[١]:

تَنقَسِمُ المِلْكيَّةُ بالنَّظَرِ إِلى حَقِيْقَةِ الملك إلى قِسْمَيْنِ:

الأَوَّلُ: مِلْك تَامٌّ ، يَتَمَكنُ الإِنْسَانُ فِيهِ مِنْ جَمِيعِ التَّصَرُّفَاتِ الَّتِي تكونُ لِلْمُلَّاك .

الثاني: مِلْك نَاقِصٌ .

وَالفَرْقُ بَيْنَ المِلْك التَّامِّ والنَّاقِصِ يكونُ فِي ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ[٢]:

الأَوَّلُ: أَنَّ الملْك التَّامَّ يُمَكنُ صاحِبَهُ مِنْ إِنْشَاءِ جَمِيعِ التَّصَرُّفَاتِ المَشْرُوعَةِ مِنْ عُقُودٍ نَاقِلَةٍ لِلْمِلْك التَّامِّ ، أَوِ النَّاقِصِ ، فَهُوَ حُرُّ التَّصَرُّفِ فِي حُدُودِ عَدَمِ مُخَالَفَةِ الشَّرْعِ ، أَمَّا صَاحِبُ المِلْك النَّاقِصِ فَلَيْسَ لَهُ الحَقُّ فِي كل التَّصَرُّفَاتِ ، وَإِنَّمَا هُوَ مُقَيَّدٌ فِي حُدُودِ الانْتِفَاعِ بِالمَنْفَعَةِ فَحَسْبُ .

الثَّانِي: أَنَّ المِلْك التَّامَّ مِنْ شَأْنِهِ الدَّوَامُ وَالاِسْتِمْرَارُ ، فلاَ يَنْتَهِي إِلاَّ بِسَبَبٍ مَشْرُوعٍ قَاطِعٍ ، وَأَمَّا المِلْك النَّاقِصُ فَالْعُقُودُ الْوَارِدَةُ عَلَى المَنَافِعِ فِيهَا لاَ بُدَّ مِنْ تَأْقِيتِهَا مِثْل الإِجَارَةِ وَالإِعَارَةِ وَنَحْوِهَا ، فَهِيَ تَقْبَل التَّقْيِيدَ بِالزَّمَانِ وَالمكَانِ وَنَوْعِ الاِنْتِفَاعِ .

الثَّالِثُ: أَنَّ الملْك التَّامَّ إِذَا فَاتَ فَإِنَّهُ يكونُ فِي ضَمَانِ مَالِكِهِ ، فَلَوْ كانَ عِنْدَك قَلَمٌ تَمْلِكهُ فَتَلِفَ ، هَلْ نُوجِبُ الضَّمَانَ عَلَى غَيْرِك ؟ نَقُولُ: لَا يَجِبُ ذَلِك ، بِخِلَافِ الملْك النَّاقِصِ ؛

(١) انظر: "المدخل الفقهي العام" للزرقا – ٣٤٩/٢-٣٥٢، و"الموسوعة الفقهية الكويتية" – ٣٣/٣٩-٣٦ ، وانظر: المبدع ٢/ ٢٩٥ .

(٢) انظر: المصدر نفسه – ٣٩/ ٣٦ ، كشاف القناع ٢/ ١٧٠ ، مطالب أولي النهى ٢/ ١٤ .

فَإِنَّ تَلَفَهُ لَا يَكونُ فِي حَقِّ مَنْ يَمْلِكهُ مِلْكا نَاقِصًا ، وَإِنَّمَا يَكونُ فِي حَقِّ صَاحِبِ المِلْك التَّامِّ ؛ وَلِذَلِك لَوْ تَلِفَتِ العَيْنُ المسْتَأْجَرَةُ فِي نِصْفِ المدَّةِ لَقُلْنَا : عَلَى المالِك أَنْ يُعِيدَ قِسْطَ الإِجَارَةِ إِلَى المسْتَأْجِرِ .

٤) أقسامُ المِلْكيَّة مِنْ حَيْثُ صُورةُ الملك[١]:

تَنْقَسِمُ المِلْكيَّةُ بِالنَّظَرِ إلى صُورةُ الملك إلى قِسْمَيْنِ:

الأَوَّل: مِلْك مُتَمَيِّز: وهو الذي يَتَعَلَّقُ بِشَيءٍ مُعَيَّنٍ ذي حدودٍ تَفْصِلُهُ عن سِواهُ ، ويَسْتَقِلُّ المالِك فِيهِ بالمِلْك ؛ وَمِنْ أَمْثِلَتِهِ: مِلْك الشَّخْصِ لِكرَّاستِهِ .

الثاني: مِلْك شَائِعٌ أَوْ مُشَاعٌ: وَهُوَ الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِجُزْءٍ نِسْبِيٍّ غَيرِ مُعَيَّنٍ مِنْ مَجْموعِ شَيْءٍ ، أَيْ يَمْلِك فِيهِ المالِك جُزْءًا غَيْرَ مُعَيَّنٍ ؛ ومِثَالُ ذَلِك: أَرْضٌ يَمْلِكها زَيْدٌ وَخَالِدٌ مُنَاصَفَةً ، بِدُونِ أَنْ يُحَدَّدَ مِلْك كلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَهَذَا مِلْك مَشَاعٌ ، لَكنْ لَوْ قُلْنَا: النِّصْفُ الشَّمَالِيُّ لِزَيْدٍ ، وَالنِّصْفُ الجَنُوبِيُّ لِخَالِدٍ ، فَهَذَا مِلْك مُتَمَيِّزٌ .

٥) أقسامُ المِلْكيَّة مِنْ حَيْثُ المُسْتَفِيدُ مِنْ الملك:

تَنْقَسِمُ المِلْكيَّةُ بِالنَّظَرِ إلى المُسْتَفِيدِ مِنْ الملك إلى قِسْمَيْنِ[٢]:

الأَوَّل: الملك العَامُّ: وَهُوَ ما لاَ يَخْتَصُّ بِمَالِك مُعَيَّنٍ ، وَإِنَّمَا تَكونُ مِلْكيَّتُهُ لِلْجَمِيعِ لا على التَّعْيِيْنِ ، ومِنْ أَمْثِلَةِ ذَلِك: الماءُ وَالكلأُ وَالنَّارُ -يَعْنِي: غَيْرَ المُحُوزَةِ- لِحَدِيثِ: **(ثلاث لا يمنعن: الماءُ والكلأُ والنارُ)**[٣] . ومن أمثلته: مال الغنيمة قبل قسمته .

---

(١) انظر: "المدخل الفقهي العام" للزرقا - ٢/ ٣٥٢ ، المهذب ١/ ٣٧٧ ، المجموع ١٤/ ٣٠٠ .

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ١٢٢ و١٢٨ .

(٣) أخرجه ابنُ ماجه في "السُّنَنِ" - "كتاب الرهون - باب المسلمون شركاء في ثلاث" حديث رقم (٢٤٧٢) ، وصححه ابن كثير في "التفسير" - ٧/ ٥٤٣ ، والبوصيري في "مصباح الزجاجة" - ٣/ ٨١ ، والعراقي في "طرح التثريب" - ٦/ ٤٥٢ ، وابن حجر في "التلخيص الحبير" - ٣/ ١٥٣ ، والألباني في "صحيح الجامع" .

الثاني: المِلْك الخَاصُّ: وَهُوَ ما يَخْتَصُّ بِهِ وَاحِدٌ أَوْ جَمَاعَةٌ مُعَيَّنُونَ، وَلَا يُشَارِكُهُمْ بَقِيَّةُ النَّاسِ فِيهِ.

٦) أقسامُ المِلكيَّةِ مِنْ حَيْثُ المَالِك:

تَنْقَسِمُ المِلْكِيَّةُ بِالنَّظَرِ إلى المالِك إِلَى قِسْمَيْنِ(١):

الأَوَّل: مِلْكِيَّةٌ لشَخْصِيَّةٍ مُعَيَّنَةٍ: وهي مِلْك مِنْ شَخْصٍ حَقِيْقِيٍّ مُتَمَيِّزٍ مُسْتَقِلٍّ عَنْ غَيْرِه، ولَهُ وُجُودٌ فِي الخَارِجِ، ومِثَالُهَا مِلْك الشَّخْصِ لِمَا فِي جَيْبِهِ مِنَ النُّقُودِ.

الثاني: مِلْكِيَّةٌ لِشَّخْصِيَّةٍ اعْتِبَارِيَّةٍ (حكمية): وهي مِلْك مِنْ شَخْصِيَّةٍ حُكمِيَّةٍ مُقَدَّرَةٍ فِي الذِّهْنِ لَيْسَ لَهَا وُجُودٌ فِي الخَارِجِ إِلَّا مِنْ خِلَالِ آثَارِهَا، وَمِثالُهَا الشَّرِكاتُ التِّجَارِيَّةُ؛ فَإِنَّها شَخْصِيَّاتٌ اعْتِبارِيَّةٌ لَيْسَ لَهَا وُجُودٌ فِي الخَارِجِ إِلَّا مِنْ خِلَالِ آثَارِهَا؛ كالمبَانِي، وَالمكاتِبِ، ونحوِها، ومثلها: المساجد والمستشفيات والوزارات والهيئات العامة.

وَقَدِ اخْتَلَفَ الفُقَهَاءُ: هَلْ هُنَاك شَخْصِيَّةٌ اعْتِبَارِيَّةٌ، أَوْ لَا بُدَّ أَنْ تكونَ الشَّخْصِيَّاتُ حَقِيقِيَّةً؟

وَالجُمْهُورُ عَلَى إِثْبَاتِ الشَّخْصِيَّةِ الاعْتِبَارِيَّةِ، وَيَسْتَدِلُّونَ عَلَيْهَا بِوُجُودِ أَمْثِلَةٍ لَهَا فِي الفِقْهِ قَدْ جَاءَتِ النُّصُوصُ بِإِقْرَارِهَا:

- منها: شَخْصِيَّةُ بَيْتِ المَالِ؛ فَإِنَّهُ يَمْلِك، وَيُتَصَرَّفُ عَنْهُ بِأَنْوَاعِ التَّصَرُّفَاتِ.
- ومِنْها: الخُلْطَةُ فِي المَاشِيَةِ؛ فَإِنَّهَا تُصَيِّرُ المَالَيْنِ بِمَثَابَةِ المالِ الوَاحِدِ الذي لَهُ شَخْصِيَّةٌ مُسْتَقِلَّةٌ.
- وَمِنْهَا: الشركات.

---

(١) اسنى المطالب للأنصاري ٣٥٦/١، الشرح الكبير للرافعي ٥١٢/٥، المجموع ٣٥٣/٥، روضة الطالبين ٥٧/٢، والفقه المنهجي للدكتور مصطفى الخن وجماعة ٣٤/٥.

وَيَتَرَتَّبُ عَلَى إِثْبَاتِ الشخصية الِاعْتِبَارِيَّةِ: إِمْكانِيَّةُ عَدَمِ مُطَالَبَةِ الشركاء عِنْدَ إِفْلَاسِ الشركة، (في الشركة ذات المسؤولية المحدودة).

٧) أقسامُ المِلْكيَّة من حيثُ سَبَبُ الملك[١]:

تَنْقَسِمُ المِلْكيَّةُ بالنَّظَرِ إلى سَبَبِ المِلك إِلَى قِسْمَينِ:

الأَول: المِلْكيَّةُ الِاخْتِيَارِيَّةُ: وهِيَ الَّتِي يَكونُ فِيْهَا اخْتِيَارٌ لِلْإِنْسَانِ، وتَحْتَاجُ فِي إِثْبَاتِهَا إِلَى قَبُولٍ أَوْ عَمَلٍ؛ ويَحْصلُ هذا النوعُ مِنْ الملكيةِ بأَحَدِ أَمرينِ هما:

العقودُ، وإِحرازُ المباحاتِ.

الثاني: المِلْكيَّةُ الجَبْرِيَّةُ: وهِيَ الَّتِي لَا يَكونُ فِيْهَا اخْتِيَارٌ لِلْإِنْسَانِ، وَلَا يَحْتَاجُ فِي إِثْبَاتِهَا إِلَى قَبُولٍ أَوْ عَمَلٍ؛ ويَحْصلُ هذا النوعُ مِنْ الملكيةِ بأَحَدِ أَمرينِ أَيْضاً هما:

الإِرثُ، والتَّوَلُّدُ عن المَمْلوك.

٨) أقسامُ المِلْكيَّة من حيثُ سُقوطُ الملك وعَدَمُهُ[٢]:

تَنْقَسِمُ المِلْكيَّةُ بِالنَّظَرِ إلى سُقُوطِ الملك وَعَدَمِهِ إِلى قِسْمَيْنِ:

الأَوَّل: مِلْك مُسْتَقِرٌّ: وهو ما لَا يحتمل السُّقُوطَ بِتَلَفِ المَحَلِّ أوتَلَفِ مُقَابِلِهِ.

وَمِنْ ذَلِك: ثَمَنُ المبيعِ المقْبُوضِ، كما لَوْ بِعْتُك السَّيَّارَةَ بِأَلْفٍ وَاسْتَلَمْتَهَا، فَأَنَا أَمْلِك ثَمَنَ المَبِيعِ مِلْكا مُسْتَقِرًّا لَا يَحْتَمِلُ السُّقُوطَ، وَهَذَا مِلْك دَيْنٍ.

وَمِنْ أَمْثِلَتِهِ أَيْضًا: مَا إِذَا خَطَبَ رَجُلٌ امْرَأَةً وَعَقَدَ عَلَيْهَا، وَكانَ المَهْرُ سَيَّارَةً، فَسَلَّمَ لَهَا السَّيَّارَةَ، وَدَخَلَ بِهَا، فَحِينَئِذٍ تَمْلِك الزَّوْجَةُ السَّيَّارَةَ مِلْكا مُسْتَقِرًّا لَا يحتمل السُّقُوطَ.

---

(١) انظر: "المدخل الفقهي العام" للزرقا – ٢/٣٤٧، و"الموسوعة الفقهية الكويتية" - ٣٩/٣٧-٣٨، وانظر: قواعد ابن رجب ص٧٢، والفقه الإسلامي وأدلته ٤/٩٧ .

(٢) انظر: المبسوط ٦/٢٠٤، الذخيرة ١١/٢٤١، المجموع ١٣/٢٩٨، الفروق للقرافي ١/٢٣٧، "الموسوعة الفقهية الكويتية" - (٣٩/ ٣٨) .

الثَّانِي: مِلْك غَيْرُ مُسْتَقِرٍّ: وهو ما يحتمل السُّقُوطَ بِتَلَفِ المَحَلِّ أوتَلَفِ مُقَابِلِهِ، وَمِنْ أَمْثِلَتِهِ: الصَّدَاقُ قَبْلَ الدُّخُولِ؛ كما لو خَطَبَ رَجُلٌ امْرَأَةً وَعَقَدَ عَلَيْهَا وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا، وجعَلَ المهْرَ السَّيَّارَةَ، وَسَلَّمَهَا السَّيَّارَةَ، ثُمَّ طَلَبَتِ الطَّلَاقَ، فَإِنَّهَا تُعِيدُ السَّيَّارَةَ حِينَئِذٍ؛ لِأَنَّ مِلْكهَا لِلسَّيَّارَةِ مِلْك غَيْرُ مُسْتَقِرٍّ.

فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ: هلْ مَلَكتْ الزَّوجةُ السَّيَّارَةَ ؟ فَنَقُولُ: إِنَّها قَدْ مَلَكتْها، وَلِذَلِك لَوْ كانَ لِلسَّيَّارَةِ غَلَّةٌ فِي هَذِهِ المدَّةِ كما لَوْ أَجَّرَتْهَا، فَإِنَّهَا تَمْلِك الغَلَّةَ، وَلَوْ كانَ المَهْرُ مِنَ الأَمْوَالِ الَّتِي تَنْمُو -مِثْلُ مَا لَوْ كانَ شَاةً فَوَلَدَتْ؛ ثُمَّ رَدَدْنَا الشَّاةَ- لِفَسْخِ عَقْدِ النِّكاحِ، فَإِنَّ الوَلَدَ يَبْقَى لِلزَّوْجَةِ؛ لِأَنَّ الشَّاةَ كانَتْ مَمْلُوكةً لَهَا، وَلَوْ تَلِفَتْ هَذِهِ الأَمْوَالُ لَتَلِفَتْ فِي مِلْك الزَّوْجَةِ.

وَمِثْلُ هَذَا: ثَمَنُ المَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ؛ فَإِنَّ مِلْك البَائِعِ لِهَذَا الثَّمَنِ غَيْرُ مُسْتَقِرٍّ.

وَمِنْهُ أَيْضًا: المبِيعُ فِي وَقْتِ الخِيَارِ؛ فَإِنَّهُ مَمْلُوك لِلْمُشْتَرِي، ولَكنَّهُ مِلْك غَيْرُ مُسْتَقِرٍّ.

أسْبَابُ المِلْك(١):

أوَّلًا: أسبَابُ التَّمَلُّك عِنْدَ فُقَهَاءِ الشريعة:

لِلْمِلْك أَسْبَابُهُ الَّتِي تُؤَدِّي إِلَى تَحْقِيقِهِ وهي عندَ فُقَهَاءِ الشريعة مُنْحَصِرةٌ في أَرْبَعَةِ أَسْبَابٍ:

الأَوَّل: إِحْرَازُ المبَاحَاتِ؛ وهي المالُ الذي لم يدخلْ في ملك محترمٍ، ولايوجدُ مانعٌ شرعيٌّ مِنْ تَمَلُّكِهِ، وذلك مِثْلُ: صَيْدِ السَّمَك، وَصَيْدِ الحَيَوَانَاتِ، وأَخْذِ نَبَاتِ البَرِّيَّةِ غَيْرِ المَمْلُوك، وَإِحْيَاءِ المَوَاتِ، وغَيرِ ذلك، ويشترط في التملك بهذا السبب أن لا يسبقه غيره في إحرازه.

---

(١) انظر: "الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية" لمحمد أبو زهرة - (١٢١-١٢٣)، و"المدخل الفقهي العام" للزرقا - ٢/٣٣٥-٣٤٥، و"الموسوعة الفقهية الكويتية" - ٣٩/ ٣٨، وانظر: الأشباه والنظائر لابن نجم ص٣٤٦، والأشباه والنظائر للسيوطي ص٤٨٧، غمز عيون البصائر ٦/٤٨٣.

الثَّانِي: العُقُودُ؛ فالعُقُودَ النَّاقِلَةَ لِلْمِلْكيَّةِ مِنْ سُلطانِ شَخْصٍ إِلى غَيْرِهِ مِنْ أَسْبَابِ التَّمَلُّك، ومِنْ ذلك: البَيْعُ، والإِجارةُ، والهِبَةُ، والصَّدَقةُ، والمَهْرُ في النِّكاحِ، وغَيْرها، ومما يدخل في هذا النوع العطايا والهبات بلا مقابل، من مثل الهبة والوصية والضيافة والصدقة والزكاة والمنفعة في العارية والنفقة، لاحتياجها إلى قبول، والعقود الناقلة للملكية لها شروط عديدة منها: أن تكون العين مملوكة للعاقد مباحة النفع مقدوراً على تسليمها معلومة.

الثَّالِثُ: الخَلَفِيَّةُ -بِفَتْحتَيْنِ وياءٍ مُشَدَّدةٍ- وهي حلولُ شخصٍ أو شيءٍ جديدٍ مَحَلَ قديمٍ زائلٍ في الحقوقِ وذلك بِأَنْ يَخْلُفَ شَخْصٌ أَو شَيءٌ غَيْرَهُ وَيَكونَ مَحَلَّهُ في المِلْكيَّةِ، وَمِنْ ذَلك: ثُبُوتُ المِلْك بِوَاسِطَةِ المِيرَاثِ، أَوْ ثُبُوتُهُ بِسَبَبِ الضَّمَانِ؛ فَلَو أَتْلَفَ شَخْصٌ مَالَ غَيْرِهِ خَلَفَهُ وُجُوبُ الضَّمَانِ عَلَيْهِ، فَمِلْك ذلك الشَّخْصِ لِلضَّمَانِ نَاشِئٌ مِنْ هَذَا السَّبَبِ.

الرَّابِعُ: التَّوَلُّدُ مِنَ المَمْلُوك؛ فمن القواعد المقررة أَنَّ ما يتولدُ وينشأُ عن المملوك مملوكٌ، فَلو مَلَكَ شَخْصٌ شَاةً فَإِنَّ مَا تَأْتِي بِهِ مِنْ أَوْلَادٍ يَكونُونَ مِلْكا لَذلك الشَخْصِ.

ثانيًا: أسبَابُ التَّمَلُّك عِندَ القَانُونِيِّينَ:

أَسْبَابَ التَّمَلُّك عِنْدَ القَانُونِيِّينَ سِتَّةَ:

أَوَّلُهَا: الِاسْتِيلَاءُ.

وَثَانِيهَا: الميرَاثُ.

وَثَالِثُهَا: الوَصِيَّةُ.

وَرَابِعُهَا: الِالْتِصَاقُ.

وَخَامِسُهَا: العَقْدُ.

وَسَادِسُهَا: الحِيَازَةُ.

آثَارُ الْمِلْكِيَّةِ:

لِلْمِلْكِيَّةِ آثَارٌ مُتَعَدِّدَةٌ؛ مِنْ أَبْرَزِهَا ثَلَاثَةُ آثَارٍ:

الأَوَّل: الِانْتِفَاعُ؛ فَإِنَّ المالِك يَحِقُّ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِمَا يَمْلِكُهُ، وَالأَصْلُ في ذلك أَنَّه يَحِقُّ لَهُ الِانْتِفَاعُ بِذلك الملك والانفرادُ بِهِ سَوَاءٌ اسْتَوْفَاهُ بِنَفْسِهِ أَوْ بِغَيْرِهِ، ويُعْرَفُ الِانْتِفَاعُ في اصْطِلاحِ القَانُونِيِّيْنَ بالاسْتِعْمالِ .

الثَّانِي: حَقُّ التَّصَرُّفِ؛ فَإِنَّ المَالِك يَتَمَكنُ مِنَ البَيْعِ، وَالشِّرَاءِ، وَالتَّأْجِيرِ، وَالرَّهْنِ، وَنَحْوِ ذَلِك مِنْ أَنْوَاعِ التَّصَرُّفَاتِ.

الثَّالِثُ: أَخْذُ العِوَضِ؛ فَإِنَّ المالِك يَحِقُّ لَهُ أَخْذُ العِوَضِ عَمَّا يَمْلِكهُ، سَوَاءٌ بِالثَّمَنِ في البَيْعِ، أَوْ الأُجْرَةِ فِي الإِجَارَةِ، أَوِ الضَّمَانِ عِنْدَ حُصُولِ التَّلَفِ أَوِ الإِتْلَافِ، ويُعْرَفُ أَخْذُ العِوَضِ في اصْطِلاحِ القَانُونِيِّيْنَ بالاسْتِغْلالِ.

التَّصَرُّفُ في المِلْك:

الأَصْلُ أَنَّ المالِك يَحِقُّ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيمَا يَمْلِكهُ بِمَا يَشَاءُ مِنَ أَنواعِ التَّصَرُّفَاتِ الشرعية؛ لِأَنَّ ذلك هو مقتضى المِلْكيَّةِ، إِلَّا أَنَّهُ يُسْتَثْنَى مِنْ ذَلِك ثَلَاثُ حالاتٍ:

الأُولى: حَالَةُ عَدَمِ أَهْلِيَّةِ المالِك: فَإِنْ كانَ المالِك غَيْرَ أَهْلٍ لِلتَّصَرُّفِ، فَإِنَّ تَصَرُّفَاتِهِ غَيْرُ نَافِذَةٍ.

وتَثْبُتُ أَهْلِيَّةُ التَّصَرُّفِ بِاسْتِجْماعِ ثَلَاثِ صِفَاتٍ(١):

الأُولَى: العَقْلُ؛ فَالمُجْنُونَ لَا يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ فِيمَا يَمْلِكهُ، وَيُوَلَّى عَلَيْهِ مَنْ يَتَصَرَّفُ فِيهِ.

الثَّانِيَةُ: البُلُوغُ؛ فَالصَّغِيرُ لَا يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ فِيمَا يَمْلِكهُ، وَأَجَازَ بَعْضُ الفُقَهَاءِ تَصَرُّفَ الصَّغِيرِ إِذَا كانَ بِإِذْنٍ مِنْ وَلِيِّهِ.

---

(١) الإنصاف ١٩٢/٥، الكافي لابن قدامة ٥٩٧/٢، المجموع ١٧٥/١٤، روضة الطالبين ٣٢٥/٦، المبدع ٨/٤.

الثَّالِثَةُ: عَدَمُ السَّفَهِ أَوْ عَدَمُ الحَجْرِ؛ فَالسَّفِيهُ أَوالمَحْجُورُ عَلَيْهِ لَا يَنْفُذُ تَصرُّفُهُ فِيمَا يَمْلِكهُ، ومِثَالُ ذَلِك: مَنْ كانَ عَلَيْهِ دُيُونٌ كثِيرَةٌ تَسْتَوْفِي مَا لَدَيْهِ مِنْ مَالٍ وَتَسْتَغْرِقُهُ وَزِيَادَةً، فَحِينَئِذٍ يُحجَرُ عَلَيْهِ لِحَظِّ غَيْرِهِ، وَيَتَرَتَّبُ عَلَى ذَلِك أَنَّ التَّصرُّفَاتِ الَّتِي يَتَصرَّفُهَا بَعْدَ الحَجْرِ تَصرُّفَاتٌ غَيْرُ نَافِذَةٍ.

الثَّانِيةُ: التَّصرُّفَاتُ المُحَرَّمَةُ: فَإِنَّ التَّصرُّفَاتِ المُحَرَّمَةَ لَيْسَتْ مِمَّا يَجُوزُ لِلْإِنْسَانِ أَنْ يَتَصَرَّفَ بِمَالِهِ فِيها، فَلَوْ تَصَرَّفَ بِتَصرُّفٍ مُحَرَّمٍ نَقُولُ لَهُ: لَا يَحِقُّ لك هَذَا التَّصرُّفُ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَقُولَ: هَذَا مَالِي ومِلْكِي أَتَصرَّفُ فِيهِ كيْفَمَا أَشَاءُ، وذلك لأَنَّ مِلْكيَّتَهُ لِلْمَالِ لَيْسَتْ مِلْكيَّةً مُطْلَقَةً؛ بَلْ هِيَ مُقيَّدَةٌ بِأَحْكامِ الشريعة، وَمِلْكيَّتُهُ لِلْمَالِ مُنْبَثِقَةٌ مِنْ أَنَّهُ هُوَ وَمَالُهُ مَمْلُوكانِ للهِ عَزَّ وَجَلَّ(١).

وَمِنْ أَمْثِلَةِ هَذِهِ التَّصرُّفَاتِ المُحَرَّمَةِ:

١- العُقُودُ المُحَرَّمَةُ؛ مِثْلُ: الرِّبَا، وَالتِّجَارَةِ فِي الخُمُورِ، وَعُقُودِ الغَرَرِ، فَهَذِهِ كلُّهَا تَصرُّفَاتٌ وَعُقُودٌ مُحَرَّمَةٌ، لَا يَحِقُّ لِلْإِنْسَانِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالِهِ بشيءٍ مِنْ هذهِ التَّصرُّفَاتِ المُحَرَّمَةَ.

٢- الإِسْرَافُ؛ فَلَا يَحِقُّ لِلْإِنْسَانِ أَنْ يَتَصرَّفَ فِي مَالِهِ بِإِسْرَافٍ، كما قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا تُسْرِفُوٓاْ ۚ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلْمُسْرِفِينَ﴾(٢)، وَقَالَ تعالى: ﴿وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا ۝٢٦ إِنَّ ٱلْمُبَذِّرِينَ كَانُوٓاْ إِخْوَٰنَ ٱلشَّيَٰطِينِ ۖ وَكَانَ ٱلشَّيْطَٰنُ لِرَبِّهِۦ كَفُورًا﴾(٣)، وَقَالَ سُبْحانَهُ: ﴿وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُواْ لَمْ يُسْرِفُواْ وَلَمْ يَقْتُرُواْ وَكَانَ بَيْنَ ذَٰلِكَ قَوَامًا﴾(٤).

---

(١) انظر: التمهيد ٤/١٤٣، جامع العلوم والحكم لابن رجب ٢/٤٧، دليل المحتاج ١/٤١٤، كشاف القناع ٣/١٣٤، البحر المحيط ٤/١٠٠، وانظر ماسبق تقريرهُ ص٧٧، والفائدةَ المنقولةَ عن ابن رجب في حاشية الأصل في بيان ذلك.

(٢) سورة الأعراف، الآية [٣١].

(٣) سورة الإسراء، الآيتان [٢٦-٢٧].

(٤) سورة الفرقان، الآية [٦٧].

٣- التَّصَرُّفَاتُ الَّتِي فِيهَا إِضْرَارٌ بِالآخَرِينَ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَحِقُّ لِلْمَالِك أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالِهِ بِمَا يُلْحِقُ الضَّرَرَ بِغَيْرِهِ ، كَمَنْ أَزْعَجَ النَّاسَ بِالتَّفْحِيطِ بِسَيَّارَتِهِ ، مُحْتَجّاً بِأَنَّ السَّيَّارَةَ مِلْكُهُ : وَلَهُ أَنَّ يَتَصَرَّفُ فِيهَا بِمَا يَشَاءُ . فَنَقُولُ لَهُ : إِنَّ هَذَا التَّصَرُّفَ فِيهِ إِضْرَارٌ بِك وبِغَيْرِك ؛ فَلَا يَحِقُّ لَك أَنْ تَتَصَرَّفَ بِهَذَا التَّصَرُّفِ فِي مَالِك .

وَمِثْلُه مَنْ بَنَى بِنَاءً عَالِيًا يَكْشِفُ بِهِ بُيُوتَ جِيرَانِهِ ، قُلْنَا : لَا يَحِقُّ لَك هَذَا التَّصَرُّفُ ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ الإِضْرَارِ بِالآخَرِينَ ، لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : **(لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ)**(١) .

الثَّالِثَةُ: مَا إِذَا كانَ المَالُ قَدْ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ لِلْآخَرِينَ ، فَحِينَئِذٍ لَا يَحِقُّ لَهُ أَنْ يُبْطِلَ حُقُوقَ غَيْرِهِ ، وَمِنْ أَمْثِلَةِ ذَلِك : الرَّهْنُ ؛ فَلَا يَحِقُّ لِلرَّاهِنِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي العين المرهونة بِدَعْوَى أَنَّهُ مِلْكُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ المُرْتَهِنِ .

نزع الملكية(٢):

الأصل أن العين المملوكة تبقى بيد المالك ، ولا تزول الملكية إلا بأحد أسباب نقل الملك ، إلا أن هناك صوراً يتم فيها نزع الملكية جبراً بدون رضا صاحبها وهي على نوعين:

الأول: ما يكون للمصلحة العامة كما في نزع ملكية العقار من أجل مصلحة الطريق .

الثاني: ما كيون لمصلحة خاصة كما في الشفعة .

---

(١) أخرجه ابن ماجه في "السنن" - "كتاب الأَحْكَام- باب من بنى في حقه ما يضر بجاره" ، حديث (٢٣٤٠) ، من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه ، وفي الباب من حديث جَماعةٍ مِنْ الصَّحابةِ رضي الله عنهم ، وهو أحدُ الأحاديثِ التي عليها مدارُ الإسلامِ ، وقد حكم بصحتهِ جماعةٌ مِنْ أَهلِ العلم ، وانظر: "إرواء الغليل" - ٣/ ٤٠٨ .

(٢) الموافقات ٧/ ٢١٥ ، بلغة السالك ٣/ ٢٣١ ، حاشية الصاوي ٧/ ٣١٧ .

آثارُ التّصرُّفِ فِي المَمْلُوكاتِ:

يَتَرَتَّبُ على التَّصرُّفِ فِي المَمْلُوكاتِ آثَارٌ عَدِيدَةٌ؛ ومِنْ ذلك انْتِقَالُ المِلْكيَّةِ، وَ لَا بُدَّ فِي انْتِقَالِ المِلْكيَّةِ مِنْ شُرُوطٍ مُعَيَّنَةٍ يَلْزمُ تحَقُّقُهَا، ومِن الممكنِ إِجْمالُها فيما يلي:

الأول: حصولُ الرِّضَا بَيْنَ المتَعاقِدَيْنِ؛ فَلَا يَحْصُلُ انْتِقَالِ المِلْكيَّةِ إِلَّا بِرِضًا مِنَ البَائِعِ وَالمشْتَرِي، لِقولِهِ تَعَالَى: ﴿**إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ**﴾.

وَقَدْ وَرَدَ فِي الحَدِيثِ أَنَّ رسولَ اللهِ ﷺ خَطَبَ الناسَ في حَجَّةِ الوداعِ فقَالَ: (**لا يَحِلُّ لامْرِىءٍ مِنْ مَالِ أَخِيهِ إِلاَّ ما أَعْطَاهُ مِنْ طِيْبِ نَفْسٍ**)(١).

الثاني: أَنْ تَكونَ العَيْنُ المرَادُ انْتِقَالُ الملْك فِيهَا مِمَّا يُبَاحُ الِانْتِفَاعُ بِهَا، أما إن كانَتْ مِمَّا يَحْرُمُ الِانْتِفَاعُ بِها فَإِنَّ الملْك لَا يَنْتَقِلُ فِيهَا.

وَمِنْ أَمْثِلَةِ ذَلِك: الخَمْرُ؛ فَقَدْ ثَبَتَ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال عامَ الفَتْحِ وَهُوَ بِمَكَةَ: (**إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ وَالْأَصْنَامِ**) فَقِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْتَ شُحُومَ الْمَيْتَةِ فَإِنَّهَا يُطْلَى بِهَا السُّفُنُ وَيُدْهَنُ بِهَا الْجُلُودُ وَيَسْتَصْبِحُ بِهَا النَّاسُ؟ فَقَالَ: (**لَا، هُوَ حَرَامٌ**)، ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عِنْدَ ذَلِك: (**قَاتَلَ اللَّهُ الْيَهُودَ، إِنَّ اللَّهَ لَمَّا حَرَّمَ**

---

(١) أخرجه الحاكم ٩٣/١، والبيهقي في "الكبرى" - "بابُ لا يملكُ أحدٌ بالجنايةِ شيئاً جنى عليه إلا أن يشاءَ هو والمالكُ" - ٦/ ٩٦، حديث (١١٣٠٤)، مِنْ حديثِ ابنِ عباسٍ رضي الله عنهما.

وصحح إِسْناده ابن القيم في "حاشيته على تهذيب سنن أبي داود" - (٧/ ٢٧٩)، وحَسَّنَهُ الأَلْبانِيُّ في "إرواء الغليل" - ٥/ ٢٨١.

وورد من حديث أبي حرة الرقاشي عن عمه مرفوعاً أخرجه الدارقطني ٤٢٤/٣، وأحمد ٧٢/٥ (٢٠٧١٤)، كما ورد من حديث أنس أخرجه الدارقطني ٤٢٤/٣، وورد من حديث أبي حميد الساعدي أن النبي ﷺ قال: (**لا يحل لامرئ أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفسه منه**)، أخرجه ابن حبان (٥٩٧٨) كتاب الجنايات، والطحاوي في شرح مشكل الآثار ٢٥١/٧ (٢٨٢٢)، والبيهقي ١٠٠/٦، والبزار (٣٧١٧).

شحُومَهَا جملوه ثُمَّ بَاعُوهُ فَأَكَلُوا ثَمَنَهُ)(١).

وَقَدْ يَقَعُ الِاخْتِلَافُ فِي انْتِقَالِ المِلْك وصِحَّةِ التَّصَرُّفِ فِي بَعْضِ الأَعْيانِ تَبعاً لِوقوعِ الِاخْتِلَافِ فِي إِبَاحَةِ الِانْتِفَاعِ بِهَا، ومِنْ أَمْثِلَةِ ذلك: الكلْبُ، فَقَدْ قَالَتْ طائِفَةٌ: ، إِنَّ الكلبَ لَيسَ مِمَّا يُبَاحُ الِانْتِفَاعُ بِهِ مُطْلَقاً، وإِنَّمَا يُباحُ الِانْتِفَاع بِهِ فِي حَالِ الحَاجَةِ وَمِنْ ثَمَّ فلَا يَنْتَقِلُ المِلْك ولَا تَثْبُتُ المِلْكِيَّةُ فِيهِ(٢).

وَقَالَ طائِفَةٌ أُخْرى: «إِنَّهُ يُباحُ الِانْتِفَاعِ بِهِ فِي حَالِ الحَاجَةِ، فَجَازَ الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ بِبَيْعِهِ»(٣).

وقال آخرون: «يجوز بيع الكلب المعلم فقط».

الثالث: أَنْ يَكونَ المتَصَرِّفُ مَالِكا، أَوْ مَأْذُونًا لَهُ فِي التَّصَرُّفِ؛ سَوَاءٌ كانَ الإِذْنُ مِنَ المَالِك كمَا فِي الوَكالَةِ، أَوِ الإِذْنُ مِنَ الشَّارِعِ كمَا فِي الوِلَايَةِ عَلَى المَجْنُونِ وَالصَّغِيرِ وَالسَّفِيهِ.

بَعْضُ الفروقاتِ بَينَ الدِّرَاسَاتِ الشرعيةِ وَالدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ المُتَعَلِّقَةِ بالمِلكيَّة:

ثَمَّ عَددٌ مِنْ الفروقاتِ، وجمل مِنْ الاخْتِلافاتِ بَيْنَ الدِّرَاسَاتِ الشرعية وَالدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ المتَعَلِّقَةِ بِنَظَرِيَّةِ المِلْكيَّةِ، وهي على سَبِيْلِ الاختِصارِ مُجْمَلَةٌ فيما سَيَأْتي:

---

(١) متفقٌ عليهِ، أَخرجهُ البخاريُّ في "الصحيح" - "كتاب البيوع - باب بيع الميتة والأصنام" - ٥/٤٩٣، حديث (٢٢٣٦)، ومسلم في "الصحيح" - "كتاب المساقاة - باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام" - ٣/ ١٢٠٧، حديث (١٥٨١) كِلاهما مِنْ حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(٢) وهو مذهبُ الشَّافِعِيَّةِ والحنابلةِ والمشهورُ مِنْ مذهبِ المالكيةِ.

وانظر: "مواهب الجليل" - ٦/ ٧٠، و"المنهاج مع شرحه تحفة المحتاج" - ٦/٢، و"المغني" - ٣٢٤/٤.

(٣) وهو مذهب الحنفية.

وانظر: "البحر الرائق" - ٦/ ١٨٧.

الأوَّل: أَنَّ القَانُونِيِّينَ لا يَعُدُّونَ الملْكيَّةَ نَظَرِيَّةً مستقلةً، بَلْ يَجْعَلُونَهَا مِنْ أَجْزَاءِ نَظَرِيَّةِ الحَقِّ، بِخِلَافِ الفُقَهَاءِ الَّذِينَ سَبَقَ نَقْلُ كلامِهِم؛ فَإِنَّهُمْ قَدْ أَفْرَدُوا الملْكيَّةَ بمؤلَّفاتٍ خاصَّةٍ واعْتَبَروها نَظَرِيَّةً مستقلةً وَاسْتَوْفَوا الكلامَ عَنْها في تلك المصَنَّفاتِ، وقدَ تَقَدَّمَتْ الإِشَارةُ إلى طَرَفٍ مِنْ هذا البحثِ(١).

الثَّاني: أَنَّ فُقَهاءَ الشريعة يُفرِّقُونَ بَيْنَ مِلْك المنْفَعَةِ وَحَقِّ الِانْتِفَاعِ؛ فَمِلْك المنْفَعَةِ يَجُوزُ الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ، بِخِلَافِ حَقِّ الِانْتِفَاعِ.

وَمِنْ أَمْثِلَتِهِ: الوَقْفُ؛ فَإِنَّ المَوْقُوفَ عَلَيْهِمْ لَا يَمْلِكونَ العَيْنَ، وَإِنَّمَا يَمْلِكونَ المنْفَعَةَ، وَيَجُوزُ لَهُمُ الِاعْتِيَاضُ عَنْهَا بِتَأْجِيرِ العَيْنِ المَوْقُوفَةِ، فإِذَا كانَ هُنَاك بِنايةٌ مَثلاً، وهِيَ مَوْقُوفَةٌ لِأَبْنَاءِ زَيْدٍ، فَإِنَّهُ يَجوزُ لَهم تَأْجِيرُها، وَأَخْذُ أُجْرَتِهَا؛ لِأَنَّهُمْ قَدْ مَلَكوا المنْفَعَةَ.

بِخِلَافِ حَقِّ الِانْتِفَاعِ، فَإِنَّ صَاحِبَ هَذَا الحَقِّ لَا يَمْلِك الِاعْتِيَاضَ عَنْهُ.

وَلَا شَك أَنَّ رأيَ الفُقَهَاءِ فِي التَّفْرِيقِ بَيْنَ مِلْك المنْفَعَةِ وَحَقِّ الِانْتِفَاعِ هُوَ المتَعَيِّنُ جرياً على مقتضى النصوص والقواعد الشرعية، وَأَنَّ طَرِيقَةَ القَانُونِيِّينَ فِي عَدَمِ التَّفْرِيقِ بَيْنَ هَذِيْنِ الأَمْرَيْنِ طَرِيقَةٌ مخالفة.

الثَّالِثُ: مَا يَتَعَلَّقُ بِأَسْبَابِ الملْكيَّةِ؛ فَإِنَّ أَسْبَابَ المِلْكيَّةِ عِنْدَ الفُقَهَاءِ كما سبق عَدُّها أَرْبَعَةٌ هي(٢):

إِحْرَازُ المبَاحَاتِ، وَالعُقُودُ، وَالخَلَفِيَّةُ، وَالتَّوَلُّدُ مِنَ المَمْلُوك.

وأَمَّا أَسْبَابُ الملْكيَّةِ عِنْدَ القَانُونِيِّينَ؛ فَإِنَّهَا سِتَّةٌ هي:

١ - الِاسْتِيلَاءُ.

٢ - وَالحِيَازَةُ؛ كحِيازَةِ المَاءِ مِنَ البِئْرِ مَثلاً.

---

(١) انظر: ما سبق - ص٧٨.

(٢) انظر: ما سبق - ص٩٠.

ويُعَبِّرُ الفُقهاءُ عِنْ مجموعِ هذينِ الأَمْرَيْنِ بإِحْرازِ المباحَاتِ .

٣- والعُقُودُ .

٤- والوَصِيَّةُ ، وَالفُقَهَاءُ يُدْرِجونها في العُقُودِ ؛ لِافْتِقارِها إلى قَبُولٍ مِنَ الموصَى لَهُ .

٥- والميرَاثُ .

٦- وَالِالْتِصَاقُ .

وَمِنْ الأُمورِ الفارِقَةِ التي يَتَعَيَّنُ مُلاحَظَتُها في هذا البابِ أَنَّ الفُقَهَاءَ قَدْ عَبَّروا باصْطِلاحاتٍ جامِعةٍ تَجْمَعُ شَتاتَ أُمُورٍ عَدِيْدَةٍ بينها تَداخُلٌ وتماثُلٌ ، وهي كذلك اصْطِلاحاتٌ مانِعَةٌ أَيْضاً تَمْنَعُ مِنْ دُخولِ غَيْرِ المرادِ فيها .

ومِنْ ذلك: أَنَّهم عَبَّروا بِإِحْرازِ المباحاتِ عِوَضاً عَنْ اصطلاحي الاستيلاءِ والحيازةِ اللَّذَيْنِ استعملَهُما القانونيُّونَ ، وأرى أَنَّ اصْطِلاحَ الفُقَهاءِ أَوْلى بالاعْتِبارِ لِكونِهِ جامِعاً مانِعاً كما سَبَقَ ، إِذْ لا يَرِدُ عليهِ ولا يَدْخُلُ فيهِ إِحْرازُ ما لمْ يَكنْ مُباحاً بِأَصْلِ الشرعِ ، كَإِحْرازِ الشيءِ مِنْ طَرِيْقٍ مُحَرَّمٍ أَوْ إِحْرازِ ما لمْ يَكنَ مُباحاً أَصْلاً ولو كان الطَّرِيْقُ مَشْروعاً .

هذا بِخلافِ ما اصْطَلَحَ القانونيُّونَ على التَّعْبيرِ به وهو الاسْتِيْلاءِ والحِيازةُ فَإِنَّهُ يَرِدُ عليهِ ما إِذا كانَ الاسْتِيْلاءُ فيه على الشيءِ مِنْ طَرِيْقٍ غَيْرِ مَشْروعٍ وبِغَيْرِ حَقٍّ كالغَصْبِ مَثلاً ، ويَدْخُلُ فِيْهِ أَيْضاً حِيازَةُ أَوْ إِحْرازُ ما لمْ يَكنَ مُباحاً أَصْلاً .

وَبِهَذَا نَجِدُ أَنَّ كلَامَ الفُقَهَاءِ فِي أَسْبابِ الملْك أَقْوَمُ وَأَسَدُّ مِنْ كلَامِ القَانُونِيِّينَ .

الرَّابعُ: أَنَّ دِرَاسَةَ القَانُونِيِّينَ لِهذهِ النَّظَرِيَّةِ دِرَاسَةٌ نَظَرِيَّةٌ ، تَتَعَلَّقُ بِصِياغَةِ الإِطارِ النَّظَرِيِّ لِأُمُورِ المِلْكيَّةِ مِنْ جِهَةِ الشروط ، وَالأَرْكانِ وَالضَوابِطِ ، ونَحْوِها ، بِخلافِ الدِّرَاسَةِ الفِقْهِيَّةِ فإِنَّها قَدْ اشْتَمَلَتْ عَلَى الدِّرَاسَةِ النَّظَرِيَّةِ وَالدِّرَاسَةِ التَّطْبِيقِيَّةِ ؛ ولِذَلِك يَجِدُ الإِنْسَانُ عِنْدَ فُقَهَاءِ الشريعة مِنَ الفُرُوعِ الفِقْهِيَّةِ التَّطْبِيقِيَّةِ والتَفَاصِيلِ الدَقِيقَةِ العَمَلِيَّةِ المتَعَلِّقَةِ بِالمِلْكيَّةِ الشَّيْءَ الكثِيرَ ، مِمَّا لَا نَظِيْرَ لَهُ عِنْدَ القَانُونِيِّينَ .

الخَامِسُ: أَنَّ الملْكيَّةَ عِنْدَ القَانُونِيِّينَ لَا تكونُ إِلَّا لِلْأَعْيَانِ المالِيَّةِ، أَمَّا الملْكيَّةُ عِنْدَ الفُقَهَاءِ فَإِنَّهَا أَوْسَعُ مَدْلولاً؛ ولِذلك فَإِنَّهَا تَكونُ لِلْأَعْيَانِ، والمنَافِعِ، والحُقُوقِ، بَلْ وَتَكونُ لِلدُّيُونِ.

وَمِنْ هُنَا فَإِنَّ كلامَ الفُقَهَاءِ يَشْمَلُ بِعُمُومِهِ الملْكيَّةَ الفِكرِيَّةَ، وَمِلْكيَّةَ الِاسْمِ التِّجَارِيِّ، وَمِلْكيَّةَ مَوَاقِعِ شَبَكةِ المعْلوماتِ العَنْكبوتِيَّةِ الشَّهِيْرَةِ ب"الإِنْتَرْنِتِّ"، فكلَامَ الفُقَهَاءِ يَشْمَلُ بِعُمُومِهِ هَذِهِ الأَمْثِلَةَ، بِخِلَافِ الملْكيَّةِ عِنْدَ القَانُونِيِّينَ؛ فَإِنَّهَا لَا تَشْمَلُ هَذِهِ الصُّوَرَ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ أَعْيَانًا مَالِيَّةً.

السادس: أَنَّ الدِّرَاسَةَ الفِقْهِيَّةَ فِيهَا إِشَارَةٌ إِلَى جَوَانِبِ التَّعَبُّدِ، وَجَعْلُ العِلَاقَةَ بَيْنَ الخَالِقِ وَالمخْلُوقِ مُؤَثِّرَةً عَلَى مَا يَتَعَلَّقُ بِأَحْكامِ الملْكيَّةِ، بِخِلَافِ الدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ؛ فَإِنَّ جَانِبَ التَّعَبُّدِ لَيْسَ فِيهَا ظَاهِرًا.

السابع: أن قيود الملكية عند القانونيين صادرة من القانون البشري، بينما قيود الملكية حسب النظرة الشرعية عائدة إلى الخالق سبحانه وتعالى، مما يعني وجود سبب ذاتي عند المكلفين يمنعهم من تجاوز هذه القيود، ولو لم تكن هناك مراقبة قانونية.

وَبِما سَبَقَ ذكرُه مِنْ فُروقٍ وما تَقَدَّمَ التَّنْبِيْهُ إِليْهِ مِنْ مقارَنَةٍ بَيْنَ الدِّرَاسَةِ الفِقْهِيَّةِ وَالدِّرَاسَةِ القَانُونِيَّةِ فِي تَفَاصِيلِ هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ يَظْهَرُ بِجلاءٍ: تَفَوُّقُ الدِّرَاسَاتِ الفِقْهِيَّةِ فِي هَذَا البابِ، وَأَنَّ فِيهَا مِنَ التَّفَاصِيلِ مَا لَا نَجِدُ لَهُ نَظِيْراً فِي كلَامِ القَانُونِيِّينَ، وَأَنَّ الطَّرِيقَةَ الَّتِي سَارَ عَلَيْهَا الفُقَهَاءُ أَوْلَى مِنْ طَرِيقَةِ القَانُونِيِّينَ، وَقَدْ مَرَّ بِنا عَددٌ مِنَ النَماذِجِ التي تُبَرْهِنُ على صِحَةِ هذهِ الدَّعوى.

ذِكرُ بَعْضِ المُؤَلَّفَاتِ فِي نَظَرِيَّةِ المِلكِ:

هَذِهِ النَّظَرِيَّةُ - أَيْ نَظَرِيَّةُ الملْكيَّةِ - قَاعِدَةٌ عَظِيمَةٌ، وَأَحْكامُهَا وَتَفَاصِيلُهَا كثِيرَةٌ، وَلِذلك أَفْرَدَها بِالتَّأْلِيفِ جمع مِنَ الفُقَهَاءِ المعاصِرِيْنَ، واعْتَنى بِها عَدَدٌ مِنَ المصَنِّفِيْنَ، وَمِنْ أَشْهَرِ تلك المؤَلَّفاتِ ما يلي:

- "المِلْكيَّةُ وَنظَرِيَّةِ العَقْدِ فِي الشريعة الإِسْلَامِيَّةِ": للدُّكتُورِ أَحْمَدَ فَرَّاج حُسَيْن .
- "تَارِيخُ الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ وَنَظَرِيَّةِ المِلْكيَّةِ وَالعُقُودِ": للدُّكتُور بَدْرَانَ أَبِي العَيْنَيْنِ .
- "المِلْكيَّةُ فِي الشريعة الإِسْلَامِيَّةِ": للدُّكتُورِ عَبْدِ السَّلَامِ العَبَّادِيِّ .
- "المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود" للدكتور محمد مصطفى شلبي .
- "المِلْكيَّةُ فِي الشريعة الإِسْلَامِيَّةِ": للشَّيْخ عَلِيٍّ الخَفِيفِ .
- "المِلْكيَّةُ وَنظَرِيَّةِ العَقْدِ": للشَّيْخ محَمَّد أَبُو زَهْرَةَ .
- "أَحْكامُ المِلْكيَّةِ فِي الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ": للشَّيْخ مُحَمَّد مَنْصُور مُدْخَلِيِّ .
- "المَالُ وَالمِلْكيَّةُ فِي الشريعة الإِسْلَامِيَّةِ": لمحْمُودِ عَبْدِ المجِيدِ المَغْرِبِيِّ .
- "نَظَرِيَّةُ المِلْك فِي الإِسْلَامِ": للشَّيْخ مَنَّاع القَطَّانِ .
- "المقدمة في المال والاقتصاد والملكية والعقد" للدكتور علي القرة داغي .
- "حق الملكية" للدكتور غني حسون طه .
- "نظام الملكية" للدكتور مصطفى محمد الجمال .
- "الملكية في الإسلام" لعيسى عبده وأحمد يحيى .
- "آليات نقل حقوق الملكية في الأسواق المالية" لمحمد السحيباني .
- "نزع الملكية الخاصة وأحكامها" لفهد العمري .
- "تحويل الملكية العامة إلى ملكية خاصة" لفريد الخطيب .
- "حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية" لناهد علي السيد .
- "الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية" لمنصور مساد .
- "عقد التمويل المتعلق بالملكية ، لحزام فتيحة .
- "قيود الملكية الخاصة" للشيخ عبدالله المصلح .
- "الملكية الخاصة" لمحمد عبدالله العربي .
- "الملكية الفردية" لمحمد بلتاجي .

*****

الفصل الرابع

نظَرِيَّةُ الحَقِّ

توطِئَةٌ:

إِنَّ نَظَرِيَّةَ الحَقِّ مِنَ النَّظَرِيَّاتِ الَّتِي عُنِيَ بِهَا القَانُونِيُّون كَثِيرًا، وَأَفْرَدوها بِالكِتَابَةِ وَالتَّأْلِيفِ، وَجَعَلوا لَهَا مَكانَةً كبِيرَةً عِنْدَهُمْ.

"ويَعْتَبِرُ القَانُونِيِّونَ الحَقَّ بِمَثَابَةِ المقَدِّمَةِ لِلْقَانُونِ المَدَنِيِّ الَّذِي هو عبارةٌ عن مجموعةِ القواعِدِ التي تُعْنَى بِتَنْظِيمِ الرَّوَابِطِ وَالعِلَاقَاتِ الاجتماعيةِ بَيْنَ الأَفْرَادِ وَخُصُوصًا العِلَاقَاتِ المالِيَّةَ، وهذا التنظيمُ يقومُ على بيانِ حقوقِ الشَّخْصِ وواجباتِهِ في علاقاتِهِ معَ غيرِهِ مِنْ الأَشْخاصِ "(١).

مَعْنَى الحَقِّ:

أَوَّلًا: المَعْنَى اللُّغَوِيُّ(٢):

الحَقُّ فِي اللُّغَةِ: نقيضُ الباطلِ، وأصل معناه الثبوت والوجوب مَصْدَرٌ لِلْفِعْلِ حَقَّ، يُقَالُ: حَقَّ الشَّيْءُ إِذَا ثَبَتَ وَوَجَبَ، وَمِنْهُ قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿**لَقَدْ حَقَّ ٱلْقَوْلُ عَلَىٰٓ أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ**﴾(٣)، وَقَوْلهُ سُبْحَانَهُ: ﴿**وَلَٰكِنْ حَقَّتْ كَلِمَةُ ٱلْعَذَابِ عَلَى ٱلْكَٰفِرِينَ**﴾(٤).

---

(١) انظر: "نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي" لأحمد محمود الخولي – ص١٩-٢٠، بتصرفٍ يسيرٍ.

(٢) انظر: "المحكم" لابن سيده -٢/ ٤٧٢، و"معجم مقاييس اللغة" لابن فارس – ٢/ ١٥، و"التعريفات" للجرجاني - ص١٢٠، و"لسان العرب" لابن منظور – مادة "حق" ٤٩/١٠، و"تاج العروس" للزبيديّ – ٢٥/ ١٦٦.

(٣) سورة يس، الآية [٧].

(٤) سورة الزمر، الآية [٧١].

ومن الآيات القرآنية التي استعمل لفظ الحق فيها على وفق المراد الاصطلاحي هنا قوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ﴾(١).

وَقَدْ يُطْلَقُ لَفْظُ الحَقِّ عَلَى مَعَانٍ أُخَرَ، وَمِنْ ذَلِكَ إِطْلَاقُهُ عَلَى:

- العَدْلِ، كما فُسِّرَ بِهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَٱللَّهُ يَقْضِى بِٱلْحَقِّ﴾(٢).

- النَّصِيبِ الوَاجِبِ المقَدَّرِ، وَمِنْهُ قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ: ﴿وَٱلَّذِينَ فِىٓ أَمْوَٰلِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ ۝٢٤ لِّلسَّآئِلِ وَٱلْمَحْرُومِ﴾(٣).

- الصِّدْقِ ومِنهُ قوله تعالى: ﴿حَقِيقٌ عَلَىٰٓ أَن لَّآ أَقُولَ عَلَى ٱللَّهِ إِلَّا ٱلْحَقَّ﴾(٤).

- قَدْ يُطْلَقُ الحَقُّ عَلَى مَا يُقَابِلُ العَيْنَ والأَشْيَاءَ المادِّيَّةَ، وَمِنْ ذلك قَوْلُهُمْ: حَقُّ الوَالِدِ، وَحَقُّ وَلِيِّ الأَمْرِ.

- وقَدْ يُطْلَقُ أَيْضًا عَلَى الحُقُوقِ الَّتِي تُثْبِتُ أُمُورًا مَالِيَّةً، وَمِنْ ذلك قَوْلُهُمْ: حَقُّ التَّمَلُّك، وَحَقُّ الشُّفْعَةِ.

ثانيًا: معنَى الحقِّ عِندَ عُلماءِ الشريعة:

نَسَبَ بَعْضُ القَانُونِيِّينَ إِلَى عُلَمَاءِ الشريعة أَنَّهُمْ لَمْ يُعْنَوْا بِتَعْرِيفِ الحَقِّ، وفِي هَذَا نظرٌ(٥)؛ فَإِنَّهُ لَا زَالَ عُلَمَاءُ الشريعة يَسْتَعْمِلُونَ هَذَا اللَّفْظَ فِي مَعَانٍ مُحَدَّدَةٍ.

وَالنَّاظِرُ فِي كتَابَاتِ عُلَمَاءِ الشريعة يَجِدُ أَنَّ لَهُمْ ثَلَاثَةَ مَنَاهِجَ فِي بيانِ حَقِيقَةِ الحَقِّ وَمَا يُطْلَقُ عَلَيْهِ:

---

(١) سورة البقرة، الآية [٢٨٢].

(٢) سورة غافر، الآية [٢٠].

(٣) سورة المعارج، الآيتان [٢٤، ٢٥].

(٤) سورة الأعراف، الآية [١٠٥].

(٥) ينظر: "الحق والذمة" لعلي الخفيف – (ص:٣٦)، و"نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي" لأحمد محمود الخولي – (ص:١٦)، وانظر: البحر الرائق لابن نجيم ١٤٨/٦.

الأَوَّلُ: مُلاحظَةُ مَعْنى الاختصاصِ في الحقِّ وجَعْلُ الحَقِّ بِمَعْنَى المصْلَحَةِ الَّتِي تَخْتَصُّ بِصَاحِبِهَا شَرْعًا؛ ومِنْ ثَمَّ عَرَّفَ أَصْحابُ هذا الاتِّجاهِ الحَقَّ بِأَنَّهُ: «كلُّ مَصْلَحَةٍ لها اختِصاصٌ بِصاحبٍ مُعَيَّنٍ، ومُسْتَحَقَّةٌ لِمُسْتَحِقٍ يَخْتَصُّ بها دونَ غَيْرِهِ، مَعَ وُجُوبِ كوْنِ ذلك الاخْتِصاصِ مُقَرَّراً شَرْعاً»(١).

وقيل أَيْضاً: «هو اخْتِصَاصٌ يُقَرِّرُ بِهِ الشرع سُلْطَةً أَوْ تَكلِيفًا»(٢).

الثَّاني: عَدَمُ الالتِفاتِ إِلَى الاخْتِصَاصِ، والنَّظرُ إِلَى تَخْوِيلِ الإِنْسَانِ لِلانْتِفَاعِ(٣)، وعليه عَرَّفَ أَصْحابُ هذا الاتِّجاهِ الحَقَّ بِأَنَّهُ مَعْنًى يُخَوِّلُ لِصَاحِبِهِ الانْتِفَاعَ بِهِ شَرْعًا؛ وَلِذَلِك يَقُولُونَ مَثَلًا: هُنَاك حَقٌّ لِلْمُرُورِ فِي الطُّرُقَاتِ، وحَقُّ الانْتِفَاعِ بِالمرَافِقِ العَامَّةِ، وَإِنْ كانَ الشَّخْصُ لَا يَخْتَصُّ بِهِ.

الثَّالِثُ: جَعْلُ الحَقِّ عِلَاقَةً بَيْنَ شَيْئَيْنِ فِيهِ مَصْلَحَةٌ لِأَحَدِ الطَّرَفَيْنِ، ومِنْ هُنَا يُقَالُ: حَقُّ الزَّوْجِ، وَحَقُّ الأَبِ.

وَالنَّاظِرُ فِي كتَابَاتِ عُلَمَاءِ الشريعة فِي بَابِ الحَقِّ، يَجِدُ أَنَّهُمْ يَتكلَّمُونَ عَنِ الحَقِّ فِي المَبَاحِثِ الأُصُولِيَّةِ فِي أَبْوَابِ التَّكلِيفِ، وبَيانُ ذلك أَنَّ الأُصولِيِّينَ يَتكلَّمُونَ عَنْ هَذَا الحَقِّ عِنْدَ كلامِهم عَنِ المَحْكومِ بِهِ؛ وَلِذَلِك نَسَبَ مَنْ نَسَبَ مِنَ القَانُونِيِّينَ إِلَى عُلَمَاءِ الشريعة أَنَّهُمْ لَمْ يَتكلَّمُوا عَنِ الحَقِّ؛ لِأَنَّهُمْ كانُوا يَبْحَثُونَ عَنْ ذلك فِي كتاباتِ الفُقَهَاءِ.

---

(١) انظر: "الحق والذمة" لعلي الخفيف - (ص:٣٧)، و"نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي" لأحمد محمود الخولي - (ص:٤٤-٤٨)، وانظر: طريقة الخلاف بين الشافعية والحنفية للمروزي ص١٥٠، وحاشية قليوبي ١٩٩/٤، الفقه الإسلامي لمحمد يوسف ص٢١٠.

(٢) انظر: "المدخل الفقهي العام" للزرقا - ٣/١٠، و"الملكية في الشريعة الإسلامية" لعبد السلام العبادي -(ص:١٠٣)، و"نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي" لأحمد محمود الخولي - (ص:٤٤-٤٨).

(٣) انظر: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده للدريني ص٤٢.

وَالَّذِي يَظْهَرُ: أَنَّ المَعْنَى الثَّانِي وَالمَنْهَجَ الثَّانِيَ فِي تَعْرِيفِ الحَقِّ هُوَ الَّذِي يَتَمَشَّى مَعَ طَرِيقَةِ الفُقَهَاءِ وَالأُصُولِيِّينَ فِي اِسْتِعْمَالِ لَفْظَةِ الحَقِّ.

التَّعْرِيفُ المخْتَارُ:

بالنَّظَرِ إلى الحدودِ والتَّعْرِيْفاتِ السابقةِ يُمْكننا القولُ بِأَنَّ الحَقَّ هُوَ: «المعْنَى الَّذِي يَتَمَكنُ صَاحِبُهُ مِنَ الاِنْتِفَاعِ بِهِ وَالاِسْتِفَادَةِ مِنْهُ، مِنَ النَّاحِيَةِ الشرعية».

ثَالِثًا: مَعْنَى الحَقِّ عِنْدَ القَانُونِيِّينَ:

يُمْكنُنا القولُ بِأَنَّ القانونِيِّيْنَ قدْ اختلفتْ مَنَاهِجُهُم في بيانِ ماهِيَّةِ الحَقِّ اختلافاً كثيراً، وتباينت طرائِقُهُم في حَقيْقَةِ ذلك تَبايُناً كبيراً، وسَبَبُ اخْتِلافِهم في ذلك تابعٌ لاخْتِلافِهم في النَّظَرِ إلى العُنْصُرِ الجوهرِيِّ المؤَثِّرِ في الحَقِّ نَفْسِهِ، وأَشْهَرُ تلك المناهجِ القانُونِيَّةِ أَرْبَعةٌ[1]:

الأَوَّلُ: المنْهَجُ الشَّخْصِيُّ، وهو مَنهجٌ قائمٌ على: "أَنَّ الحَقَّ قُدْرَةٌ أَوْ سُلْطَةٌ إرادِيَّةٌ تَثْبُتُ لِلْشَخْصِ، ويَسْتَمِدُّهَا مِنَ القَانُونِ"[2]، وَمِنْ ثَمَّ فَهُمْ يَرَوْنَ أَنَّ الحَقَّ صِفَةٌ يَتَّصِفُ بِهَا صَاحِبُهَا.

وَيُلاحَظُ عَلَى هَذَا المنْهَجِ: أَنَّ مِنْ الحُقُوقِ ما قَدْ يَثْبُتُ للشخصِ بِغَيْرِ إِرَادَةٍ أَو عِلْمٍ مِنهُ[3]، ومِنْ ذَلِك:

- المِيْرَاثُ والوصيةُ: فَإِنَّهما مِمَّا تَثْبُتُ بِهِما للشخصِ حُقُوقٌ بِغَيْرِ إِرَادَةٍ مِنْهُ.
- المَجْنُونُ: فإِنَّه تَثْبُتُ لَهُ حُقُوقٌ بِغَيْرِ إِرادَةٍ مِنْهُ.
- ضَمَانُ المتْلَفَاتِ: فَإِنَّ مَالِكَ العَيْنِ المتْلَفَةِ لَهُ حَقُّ الضَّمانِ.

---

(١) انظر: "نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي" لأحمد محمود الخولي – ص٢٠-٢١، بتصرفٍ.

(٢) نظرية الحق للخولي ص٢١، نظرية الحق للشرقاوي ص١٢.

(٣) انظر: نظرية الحق للخولي – ص٢١-٢٣.

الثَّانِي: المنْهَجَ الموْضُوعِيَّ، وقدْ عَرَّفَ أَصْحابُ هذا المنهجِ الحَقَّ بِأَنَّه: «مَصْلَحَةٌ يَحْمِيهَا القَانُونُ»[١]، فَمُكوِّنَاتُ الحَقِّ عند أَصْحابِ هذا المنهجِ: «عنصرانِ:

أَحدهما: عنصرٌ ماديٌّ أَو موضوعيٌّ هو عِبارةٌ عن الغايةِ التي يُحَقِّقُها الحقُ لِصاحِبِهِ وهي المنفعةُ أَو المصلحةُ.

وثانيهُما: شَكلِيٌّ وهو حمايةُ القانونِ لِهذهِ المصلحةِ والذي يتمثَّلُ في الدَّعوى القضائيَّةِ»[٢].

وَيُلَاحَظُ على هذا المنهجُ بَعْضُ الأُمور منها:

١- أَنَّ بَعْضَ الحُقُوقِ قَدْ لَا يَكونُ مَصْلَحَةً لِلْإِنْسَانِ؛ فَمَثَلًا: يَثْبُتُ لِلْأُمِّ حَقُّ الحَضَانَةِ، وَهُوَ أَلْصَقُ بِكوْنِهِ وَاجِبًا مِنْ كوْنِهِ مَصْلَحَةً.

٢- أَنَّهُ فَسَّرَ الحَقَّ بِحِمَايَةِ القَانُونِ، وَحِمَايَةُ القَانُونِ هَذِهِ مِنَ الأُمُورِ اللَّاحِقَةِ، فَلَا تَكونُ حِمَايَةٌ مِنَ القَانُونِ إِلَّا بَعْدَ ثُبُوتِ الحَقِّ، وَفِي حدودِ الأَشْياءِ وتَعْرِيْفاتِها لَا بُدَّ أَنْ نُعَرِّفَ الشَّيْءَ بِذَاتِهِ، لَا بِآثَارِهِ.

الثَّالِثُ: المنْهَجُ المخْتَلِطُ، وَهُوَ مَنْهَجٌ يجْمَعُ بَيْنَ المنْهَجَيْنِ السَّابِقَيْنِ؛ وقَدْ حاولَ أَصْحابُهُ التَّوفِيقَ فيهِ بينَ القدرةِ الإِراديةِ والمصلحةِ.

وأَصحابُ هذا المنَهجِ منقسِمونَ إلى فريقين:

أَحدهما: مَنْ يُغَلِّبُ العنصرَ الأَوَّلَ على الثاني فيُعَرِّفونَ الحقَّ بِأَنَّه: «سلطةٌ إِرادِيَّةٌ يعترفُ بها القانونُ ويحْمِيْها، ومحَلُّها مالٌ أَو مَصْلَحةٌ».

ثانيهما: مَنْ يُغَلِّبُ العنصرَ الثاني على الأَولِ فيُعَرِّفونَ الحقَّ بِأَنَّه: «مَصْلَحةٌ محْمِيَّةٌ عن طريقِ الاعترافِ بِقدرةٍ إِرادِيَّةٍ لِصاحِبِها».

---

(١) انظر: نظرية الحق للخولي، - ص٢٣، الوسيط للسنهوري ١/١٠٣.

(٢) انظر: نظرية الحق للخولي - ص٢٣-٢٤، باختصارٍ وتَصرُّفٍ.

ويَتَوَجَّهُ لِأَصْحَابِ هَذَا المنْهَجِ مِنَ الاِنْتِقَادَاتِ ما اتَّجه لِلْمَنْهَجَيْنِ السَّابِقَيْنِ.

الرَّابِعُ: المنْهَجُ الحديثُ ويعرفُ بمذهب الاختصاصِ أو الاسْتِئْثارِ وقد سَارَ عَلَيْهِ كثِيرٌ مِنَ المُحْدَثِيْنَ، وعَرَّفَ أَصْحابُ هذا المنهجِ الحَقَّ بِأَنَّه: «مِيزَةٌ يَمْنَحُهَا القَانُونُ لِشَخْصٍ ويَضْمَنُها بوسائِلِهِ، يَتَصَرَّفُ بِمُقْتَضَاهَا فِي قِيْمَةٍ مُعْتَرَفٍ بِثُبُوتِها لَه، باعتِبارِها مملوكةً أَو مُسْتَحَقَّةً له»(١).

مَنشأ الحق عند القانونيِّيْن(٢):

اخْتَلَفَ القَانُونِيُّونَ فِي مَسْأَلَةِ مَنْشأِ الحَقِّ وَهُمْ فِي ذَلِك مَذْهَبَانِ:

الأَوَّلُ: أَنَّ الحَقَّ ناشئٌ مِنْ سَيْطَرَةِ إِرَادَةِ الشَّخْصِ عَلَى إِرَادَةِ المقَابِلِ لَهُ، وليسَ ناشئاً مِنْ ذَاتِ القَانُونِ.

الثَّانِي: أَنَّ الحَقَّ ناشئٌ مِنْ ذَاتِ القَانُونِ يَقُولُ وليسَ ناشئاً مِنْ تَغَلُّبِ إِرَادَةٍ عَلَى إِرَادَةٍ، قَالُوا: لِأَنَّ الإِرَادَاتِ مُتَساوِيةٌ؛ وَلِذَلِك وَقعَ الِاخْتِلَافُ بَيْنَ القَانُونِيِّينَ فِي مَصْدَرِ الحَقِّ تَبَعاً لاخْتِلافِهِم في المسْأَلَةِ السابقةِ؛ مِنْ أَيْنَ يَثْبُتُ كوْنُ هَذَا المَعْنَى حَقًّا؟

مَذَاهِبُ القَانُونِيِّينَ فِي مَصْدَرِ الحَقِّ(٣):

اخْتَلَفَ القَانُونِيُّونَ فِي مَصْدَرِ الحَقِّ، وَهُمْ فِي ذَلِك عَلَى أَرْبَعَةِ مَذَاهِبَ:

الأَول: أَنَّ مَصْدَرَ الحَقِّ هُوَ القَانُونُ.

الثاني: أَنَّ مَصْدَرَ الحَقِّ هُوَ الفَرْدُ وَتَسَلُّطُ إِرَادَتِهِ وَتَغَلُّبُهَا عَلَى إِرادَةِ غَيْرِهِ.

الثالث: أَنَّ مَصْدَرَ الحَقِّ هِيَ المُجْتَمَعَاتُ؛ فَإِنَّ المُجْتَمَعُ هُوَ الَّذِي يُقَرِّرُ أَنَّ هَذَا حَقٌّ يَثْبُتُ لِصَاحِبِهِ أَوْ لَا.

الرابع: أَنَّ مَصْدَرَ الحَقِّ هُوَ العَقْلُ.

---

(١) انظر: "نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي" لأحمد محمود الخولي – ص٢٦-٣٠، بتصرف

(٢) انظر: المرجع السابق (ص: ٢١-٣٠)، "الحق والذمة" لعلي الخفيف (ص:٥٨).

(٣) انظر: "الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده" لفتحي الدريني (ص: ٦٩، ٧٠).

مَصَادِرُ الحَقِّ عِنْدَ فُقَهَاءِ الشريعة[(١)]:

يرى فُقَهَاءُ الشريعة أَنَّ مَصَادِرَ الحُقُوقِ تَنْشَأُ مِنْ ثَلَاثَةِ أُمُورٍ:

الأَوَّلُ: أَدِلَّةُ الشريعة وَقَوَاعِدُهَا؛ فَمَثَلًا: حَقُّ الأَبِ وَالأُمِّ ثَابِتٌ مِنْ مِثْلِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿**وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا**﴾[(٢)]. وَنَحْوِهَا مِنَ النُّصُوصِ الشرعية[(٣)].

الثَّانِي: العُقُودُ؛ فَإِذَا كانَ هُنَاكَ عَقْدٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ تَرَتَّبَ عَلَيْهِ حُقُوقٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الآخَرِ.

الثَّالِثُ: الِالْتِزَامُ؛ فَإِنَّهُ إِذَا الْتَزَمَ إِنْسَانٌ بِشَيْءٍ تَرَتَّبَ عَلَيْ ذلك الالتزامِ عَدَدٌ مِنَ الحُقُوقِ.

ويمكن إضافة أمر رابع، ألا وهو الولاية الشرعية، فإن الشريعة تخول صاحب الولاية كالإمام الأعظم ورئيس الدائرة والأستاذ والوالد أن يفرض حقوقاً على من يدخل في ولايته لما يترتب على ذلك من تحقيق مصالح الولاية، والأمور الثلاثة الأخيرة تعود للأمر الأول[(٤)].

ذِكْرُ بَعْضِ الفروقاتِ بينَ الحقِّ وغيرِهِ مِنَ المَسائلِ المُتشابِهات:

الفَرْقُ بَيْنَ الحَقِّ وَبَيْنَ الحُرِّيَّة:

هُنَاكَ أُمُورٌ مُقَرَّرَةٌ تُثْبِتُ حُرِّيَّةَ الإِنْسَانِ فِي التَّعَاقُدِ، وَحُرِّيَّتَهُ فِي التَّصَرُّفَاتِ وَالأَفْعَالِ، مَأْخُوذٌ مِنْ قَاعِدَةِ: الأَصْلُ في الأَشْياء الإِبَاحَةُ، والأَصْلُ فِي العُقُودِ الصِّحَّةُ وَالجَوَازُ، وَنَحْوِ ذَلِك، فَمَا الفَرْقُ بَيْنَ الحَقِّ والحُرِّيَّةِ ؟

---

(١) انظر: "الفقه الإسلامي وأدلته" - ٤/ ٣٧٩-٣٨١)، و"الموسوعة الفقهية الكويتية" - ١٨/ ١١-١٢، مجلة البحوث الإسلامية ٤/ ٣٦٠.

(٢) سورة الإسراء، الآية [٢٣].

(٣) انظر: التحرير والتنوير ١٤٩/١٤، كشف الأسرار للبخاري ٣٩٩/٢، روضة الناظر لابن قدامة.

(٤) الموافقات ٣٧٧/٢.

يَظْهَر الفَرْقُ بَيْنَهُمَا فِي ثَلَاثَةِ أُمُورٍ[١] :

الأَوَّلُ: أَنَّ الحَقَّ يَرِدُ عَلَى مَحَلٍّ وَاحِدٍ ، بِخِلَافِ الحُرِّيَّةِ ؛ فَإِنَّهَا تَتَعَلَّقُ بِأُمُورٍ وَتَرِدُ عَلَى مَحَالٍّ مُخْتَلِفَةٍ ، كحُرِّيَّةِ التَّصَرُّفَاتِ مَثلاً ، إذ التَّصَرُّفَاتُ كَثِيْرَةٌ كما هو معلومٌ .

الثَّانِي: أَنَّ الحُرِّيَّةَ تَتَعَلَّقُ بِالجَمِيعِ على اخْتِلَافِ صِفَاتِهِمْ ، وَقَدْ يوجدُ بَعْضُ مَنْ يُسْتَثْنى ؛ فَمَثَلًا: حُرِّيَّةُ التَّعَاقُدِ مُتَعَلِّقَةٌ ومُسْتَحَقَةٌ لِلْجَمِيعِ ، إلا أَنَّ هُنَاك مُسْتَثْنَيَاتٍ: كالسَّفِيهِ ، وَالمَجْنُونِ ، وَنَحْوِ ذَلِك ، بِخِلَافِ الحَقِّ ؛ فَإِنَّهُ يَكونُ لِشَخْصٍ وَاحِدٍ ، أَوْ لِأَشْخَاصٍ مُعَيَّنِينَ . .

الثَّالِثُ: أَنَّ الحَقَّ لَهُ سَبَبٌ ؛ بِحَيْثُ لَا يُوجَدُ الحَقُّ إِلَّا بِوُجُودِ سَبَبِهِ ، بِخِلَافِ الحُرِّيَّةِ ؛ فَإِنَّهَا نَاشِئَةٌ مِنْ إِذْنٍ عَامٍّ .

الفَرقُ بَيْنَ الحَقِّ وَبَيْنَ الرُّخْصَة:

الرُّخْصَةُ مَرْتَبَةٌ وَسَطٌ بَيْنَ الحُرِّيَّةِ وَالحَقِّ ، فَمَثَلًا: حَقُّ الشَّخْصِ فِي أَنْ يَتَمَلَّك ، هَذَا يُسَمَّى رُخْصَةً[٢] ، والرخصة استثناء من قاعدة عامة لسبب خاص ناتج من دليل شرعي خاص ، أما الحقوق فإن لها أسباباً عامة .

الفَرقُ بَيْنَ الحَقِّ والحُكم:

الحَقُّ هُوَ مَحَلُّ الحُكمِ ؛ فَالوَاجِبَاتُ مَثَلًا هِيَ الَّتِي نَشَأَتْ عَنْهَا الحُقُوقُ ، وَالوَاجِباتُ أُمُورٌ يُطَالَبُ بِهَا العَبْدُ ، يَحْرُمُ عَلَيْهِ التَّهَاوُنُ فِيهَا ، بِخِلَافِ الحقوقِ ؛ فَإِنَّهَا أُمُورٌ ثَابِتَةٌ لَهُ ، يَحِقُّ لَهُ إِسْقَاطُهَا في الجملة[٣] .

الفَرقُ بَيْنَ العَقْدِ وَالحَقِّ:

العَقْدُ سَبَبٌ مِنْ أَسْبَابِ الحُقُوقِ ، وَالحُقُوقُ آثَارٌ لِعَدَدٍ مِنَ الأُمُورِ ؛ مِنْهَا: العَقْدُ .

---

(١) انظر : " الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده " لفتحي الدريني (ص:٢٠١-٢٠٤) .

(٢) انظر : " الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده " لفتحي الدريني (ص:١٩٨ ،٢٠٥) ، مصادر الحق للسنهوري ١/٩ .

(٣) انظر : " الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده " لفتحي الدريني (ص:٢٠٩ ،٢١٠) .

الفرق بين الحق والذمة:

الذِّمَمُ هِيَ مَحَالٌّ لِلْحُقُوقِ، فتتعلق الحقوق بالذمة حتى يتم الوفاء بها(١).

أركان الحق(٢):

للحَقِّ ثَلَاثَةُ أَرْكانٍ يَقوم عليها ويَسْتَنِدُ إليها وهي:

الأول: صَاحِبُ الحَقِّ، وَهُوَ فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ الشَّخْصُ الَّذِي ثَبَتَ لَهُ الْحَقُّ، كالزَّوْجِ بِاعْتِبَارِهِ صَاحِبَ حَقٍّ عَلَى الزَّوْجَةِ بِالنِّسْبَةِ لِطَاعَتِهِ.

وأَمَّا فِي حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى كالصَّلاَةِ وَالصَّوْمِ فَإِنَّ صَاحِبَ الْحَقِّ فِيهَا هُوَ اللَّهُ تَعَالَى وَحْدَهُ وَلاَ يُشَارِكهُ فِي هَذَا الْحَقِّ أَحَدٌ غَيْرَهُ.

الثَّاني: مَنْ عَلَيْهِ الحَقُّ، وَهُوَ الشَّخْصُ الْمُكلَّفُ بِالأَدَاءِ، فَإِذَا كانَ صَاحِبُ الْحَقِّ هُوَ اللَّهَ تَعَالَى، فَيَكونُ الْمُكلَّفُ بِأَدَاءِ الْحَقِّ هُوَ مَنْ عَلَيْهِ هَذَا الْحَقُّ، سَوَاءٌ أَكانَ فَرْدًا كما فِي فَرْضِ الْعَيْنِ، أَمْ جَمَاعَةً كما فِي الأعمال الجماعية مَثَلاً.

وَبَعْضُ الفُقَهَاءِ وَالقَانُونِيِّينَ يَقُولُونَ: لَيْسَ هو مِنْ أَرْكَانِ الحَقِّ.

الثَّالِثُ: مَحَلُّ الحَقِّ، وهو الشَّيْءُ الْمُسْتَحَقُّ، **كالْفَرَائِضِ الْخَمْسِ** فِي حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى، **وَالْمَال في حقوق العباد**، وقد يكون حقيقة كالْقَدْرِ الْمَقْبُوضِ مِنَ الْمَهْرِ، وَهُوَ مُعَجَّل الصَّدَاقِ **أَوْ حُكمًا** في الذمة، كالْقَدْرِ الْمُؤَخَّرِ مِنَ الْمَهْرِ لأَقْرَبِ الأَجَلَيْنِ، وَكذَا سَائِرُ الدُّيُونِ، وَالاِنْتِفَاعُ، كحِل الاِسْتِمْتَاعِ بِعَقْدِ الزَّوَاجِ، **وَالْعَمَل** مِثْل: مَا تَقُومُ بِهِ الزَّوْجَةُ مِنْ أَعْمَالٍ، وَتَمْكِينِ الزَّوْجِ مِنْ نَفْسِهَا، **وَالاِمْتِنَاعُ عَنْ عَمَلٍ** مِثْل: عدم تصرف مالك العين المرهونة فيها.

---

(١) انظر: "الحق والذمة" لعلي الخفيف (ص:١٠٧).

(٢) انظر: "الفقه الإسلامي وأدلته" للزحيليّ - (٤/ ٣٦٧-٣٦٩)، و"الأهلية ونظرية الحق" للعجلان ص٨٨-٩١، و"الموسوعة الفقهية الكويتية" - (١٨/ ١٢، وانظر: تفسير الخازن ٢١٦/١، إعلام الموقعين ٤٤٣/٣، بدائع الصنائع ٢٩٨/٧، الأم للشافعي ١٦٢/٣، الحاوي ٢٤٥/٦، حاشية الروض لابن القاسم ٩٧/٥.

أقْسامُ الحُقوقِ:

يُمْكنُ تَقْسِيمَ الحْقِّ إِلَى أَقْسامٍ مُتَعَدِّدَةٍ بِاعْتِبَارَاتٍ مُخْتَلِفَةٍ، وَمَرْجِعُ هَذِهِ التَّقْسِيمَاتِ، إِمَّا بِالنَّظَرِ إِلَى مَحَلِّ الْحَقِّ، أَوْ بِالنَّظَرِ إِلَى صاحبِ الحَقِّ، أَوْ بِالنَّظَرِ إِلَى مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ، أَوْ بِالنَّظَرِ إِلَى الشَّيْءِ الْمُسْتَحَقِّ، أَوْ بِالنَّظَرِ إِلَى مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْحَقُّ(١).

الأَوَّلُ: أقسامُ الحَقِّ باعتِبَارِ مَحَلِّ الحَقِّ(٢):

ينقسم الحق باعتبار محله المتعلق به إلى حق مالي وغير مالي، وإلى حق شخصي وحق عيني، وإلى حق مجرد وحق غير مجرد.

١) أَقْسامُ الحَقِّ بالنظرِ إلى الماليَّةِ وعَدَمِها:

الَاول: الحَقُّ المَالِيُّ: وهو الذي له تَعَلُّقٌ بالأموالِ ومنافِعِها، أيْ الذي يكونُ محلُّهُ المال كحَقِّ الشُّفْعَةِ، وحق المالك في التصرف في ماله.

الثاني: الحَقُّ المَعْنَوِيُّ: وهو الذي ليس له تَعَلُّقٌ بالأموالِ ومنافِعِها كحَقِّ الأُمِّ أَوْ حَقِّ المؤَلِّفِ، وحق الحضانة، وحق الزوج(٣).

٢) أَقْسامُ الحقِ بالنظرِ إلى كونه شَخْصِيّاً أو عَيْنِيّاً:

الَاول: الحَقُّ الشَخْصِيُّ: وهو ما يُقِرُّهُ الشرعُ لِشخصٍ على آخرَ؛ بحيث يثبت في ذمته، ومَحَلُّهُ إِمّا أَنْ يكونَ قياماً بِعملٍ كحَقِّ البائعِ في تَسَلُّمِ الثمنِ وحَقِّ المشتري في تَسَلُّمِ المبيعِ، ولا يستوفي إلا برضا من عليه الحق أو من طريق القضاء، وإِمّا أَنْ يكونَ امتناعاً عَنْ عملٍ كحَقِّ المودِعِ على المودَعِ في عدمِ استعمالِ الوديعةِ.

---

(١) انظر: "الموسوعة الفقهية الكويتية" - (١٨/ ١٣).

(٢) انظر: "الفقه الإسلامي وأدلته" - (٤/ ٣٧٤-٣٧٨)، و"الموسوعة الفقهية الكويتية" - ١٨/ ٤٠.

(٣) انظر: الحق والذمة لعلي الخفيف ص٧٤،٧٥، الأهلية ونظرية الحق للعجلان ص٩٢، ١٢٤، ومجلة المجمع الفقهي بحث بيع الاسم التجاري لعجيل النشمي ١٠٣٣٦/٢، وبحث الحقوق المعنوية للعبادي ١٠٤٩١/٢.

الثاني: الحَقُّ العَيْنِيُّ: وهو ما يُقِرُّهُ الشرعُ لِشخصٍ على شَيْءٍ مُعَيَّنٍ بالذاتِ، فالعلاقةُ القائمةُ بين صاحبِ الحَقِّ وشيءٍ ماديٍّ معينٍ بِذَاتِهِ، والتي بِمُوجِبِهَا يمارسُ المستحِقُّ سلطةً مباشرةً على الشيءِ هي الحَقُّ العينيُّ كحَقِّ الملكيةِ الذي به يستطيعُ المالك ممارسةَ أكملِ السُلْطَاتِ على ما يَمْلِكهُ، وهي التصرفُ بالشيءِ واستثمارُهُ واستعمالُهُ(١).

٣) أَقْسامُ الحَقِّ بالنظرِ إلى كونه مُجَرَّداً أَو غيرَ مُجَرَّدٍ(٢):

الأول: الحَقُّ المُجردُ أو المَحْضُ: وهو الذي لا يترك أثراً بالتَّنَازُلِ عنه صُلْحاً أو إِبْراءً، بل يَبْقى مَحَلُّ الحَقِّ عند المكلفِ بَعْدَ التَّنَازُل كما كان قَبْلَ التَّنَازُلِ، مثل حق المدعي في تحليف خصمه، وكحقِّ الشُّفْعَةِ فإذا أَسْقَطَ الشَّفِيْعُ حَقَّهُ في الشُّفْعَةِ، كانتْ مِلْكيَّةُ المشتري للعقارِ بَعْدَ التَّنَازُلِ عن الشفعة هي بعينها قَبْلَ التَّنَازُلِ، ومثله حق الانتفاع بالمرافق العامة كالمرور بالطريق.

الثاني: الحق غير المجرد: وهو الذي يترك أثراً بالتَّنَازُلِ عنه، كحقِّ القِصَاصِ فَإِنَّه يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَةِ القَاتِلِ ودَمِهِ، ويَتْرُك فيه أثراً بالتَّنَازُلِ عنه، فَيَتَغَيَّرُ فيه الحُكمُ، فَيَصِيْرُ مَعْصُومَ الدَّمِ بِالعَفْوِ بَعْدَ أَنْ كانَ غَيْرَ مَعْصُومِ الدَّمِ، أَيْ مُبَاحَ القَتْلِ بالنسبةِ إلى وَلِيِّ المقتولِ المسْتَحِقِّ للقِصَاصِ، بقضاء الحاكمِ(٣).

---

(١) انظر: الحق والذمة لعلي الخفيف ص ٧٥، ٧٦، الفقه الإسلامي وأدلته ٤/٤٩٢، معجم لغة الفقهاء لمحمد قلعجي ص١٨٣، الأسهم والصكوك لعادل قوته، ص٣٢، حماية الملكية الفكرية لناصر الغامدي ص٢٥.

(٢) انظر: درر الحكام ٣/٢٥٧، أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ص٣٨، الموسوعة الكويتية ٣٢/٨٣، صناعة الفتوى لابن بيه ص١٤٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢١٢، حاشية ابن عابدين ٤/١٥٨.

(٣) يقسم الشيخ بكر أبوزيد الحقوق إلى مجردة وهو ما شرع لدفع طارئ كالضرر كما في حق الشفعة، وحقوق مقررة وهو ما يثبت لمستحقه أصلاً وابتداءً، انظر: فقه النوازل ٢/١٧٧.

ورتبوا على ذلك عدداً من الأحكام منها:

١ - أن الحقوق المجردة لا يجوز الاعتياض عنها(١).

٢ - الحقوق المجردة لا تورث(٢).

الثَّانِي: أقسامُ الحَقِّ باعتِبَار صاحب الحَقِّ(٣):

ينقسمُ الحقُ بالنظر إلى صاحبِ ذلك الحقِّ إلى ثلاثةِ أَقْسامٍ:

الأَول: حَقٌّ للهِ عَزَّ وَجَلَّ: وهو ما قُصِدَ بِهِ التَّقَرُّبُ إلى اللهِ تعالى وتعظيمُهُ وإقامةُ شَعائرِ دِيْنِهِ، أو تحقيقُ النَّفْعِ العَامِّ للعالَمِ مِنْ غيرِ اختصاصٍ بأَحَدٍ مِنْ النَّاسِ، ويُنْسَبُ إلى اللهِ تعالى لِعِظَمِ خَطِرِهِ وشُمُولِ نفعِهِ،كالعباداتِ المختلفةِ، سواء كانت بدنية كالصلاة، أو مالية كالزكاة، أو ممزوجة منهما كالحج، ومثل الحدود.

الثاني: حَقٌّ للعبدِ: وهو ما يقصدُ منه حمايةُ مصلحةِ الشخصِ، سواءٌ أكانَ الحقُّ عاماً كالحفاظِ على الصحةِ والأولادِ والأموالِ، وتحقيقِ الأمنِ، وقمعِ الجريمةِ، وردِّ العدوانِ، والتمتعِ بالمرافقِ العامةِ للدولةِ؛ أَمْ كانَ الحَقُّ خاصاً، كرعايةِ حَقِّ المالك في مِلْكهِ وغيرِ ذلك.

الثالث: حَقٌّ مُشْتَرَك: وهو ما اجْتَمَعَ فيه الحقانِ: حقُّ اللهِ وحقُّ العَبْدِ، لَكنْ مِنْهُ مَا يُغَلَّبُ فِيهَا جَانِبُ حَقِّ اللهِ، وَمِنْهُ مَا يُغَلَّبُ فِيهِ جَانِبُ حَقِّ العَبْدِ.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢١٢، الدر المختار ٥/٢٢، شرح فتح القدير ٦/٤٣٠، مجمع الضمانات ٧/٨٧، غمز عيون البصائر ٢/١٧٩ و٤/١٤٥ و٧/٣١٣.

(٢) الدر المختار ٥/٢٧٠.

(٣) انظر: أصول السرخسي ٢/٢٨٩، شرح تنقيح الفصول ص٩٧، السياسة الشرعية لابن تيمية ص٥٧، الموافقات ٣/٣٤٧، قواعد الأحكام ١/١٦٧، "الفقه الإسلامي وأدلته" - ٤/٣٦٩-٣٧١، و"الموسوعة الفقهية الكويتية" - ١٨/١٤-٢٣.

مثال الأول: عِدَّةُ المطَلَّقَةِ ، فيها حَقُّ اللهِ : وهو صِيَانَةُ الأَنْسَابِ مِنْ الاخْتِلاطِ ، وفيها حَقُّ العَبْدِ ، وهو المُحَافظةُ على نَسَبِ أَوْلادِهِ ، لكنَّ حَقَّ اللهِ غالبٌ ؛ لأَنَّ في صيانةِ الأَنسابِ نَفعاً عَاماً للمجتمعِ ، وهو حِمَايَتُهُ مِنْ الفَوْضى والانهيارِ .

ومثال الثاني: حقُّ القِصَاصِ الثابتِ لِوَلِيِّ المقتولِ ، فيه حَقَّانِ: حَقٌّ للهِ وهو تطهيرُ المُجتمعِ مِنْ جريمةِ القتلِ النكراءِ ، وحقٌّ للعَبْدِ: وهو شفاءُ غيظهِ وتطييبُ نفسهِ بِقَتْلِ القاتلِ ، وهذا الحقُّ هو الغالبُ ؛ لأَنَّ مَبْنَى القِصَاصِ على المماثلةِ ، كما في قولهِ تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾(١) ، والمماثلةُ تُرَجِّحُ حَقَّ العَبْدِ .

أقسامُ الحَقِّ باعتبارِ المؤيدِ القضائيِّ وعدمه(٢):

ينقسمُ الحقُّ باعتبارِ وجودِ المؤيدِ القضائيِّ وعدمِهِ إلى قسمين :

الأول: حق قضائي : لَا تَثْبُتُ إِلَّا بِحُكمِ حَاكمٍ .

الثاني: حقٌّ دياني: تَثْبُتُ بِوَاسِطَةِ حُكمِ الشَّرْعِ ابْتِدَاءً وَلَوْ لَمْ يَقْضِ قَاضٍ بِذَلِك الحَقِّ .

وقد يسمى الحق القضائي (الحق في الظاهر) أو حكماً ، ويسمى الحق ديانه (الحكم باطناً) .

أقسامُ الحَقِّ باعتِبَارِ قَابِلِيَّتِهِ لِلاسقَاطِ وَعَدَمِهِ(٣):

تَنْقَسِمُ الحُقُوقُ بِالنَّظَرِ إِلى إِمْكانِ إِسْقاطِها وعَدَمِهِ إِلى ثلاثةِ أَقْسامٍ :

---

(١) سورة المائدة ، الآية [٤٥] .

(٢) انظر: المبدع ١١٢/٤ ، مرقاة المفاتيح ٢٥١/١١ ، الحاوي للفتاوى ٢٠٧/١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢١ ، الاختيار ١٤١/٣ ، البحر الرائق ١٨٧/٧ ، فتح الباري ٣٢٦/١٢ ، فتاوى ابن الصلاح ١٧٦/١ ، التاج والإكليل ٣٣٣/٧ ، الذخيرة ٣٣٢/٥ ، وفتاوى الزرقا ٥/١٤٥ ، وتفسير الشعراوي ٨٥٢٥/١٤ ، والفقه على المذاهب الأربعة للجزيري ٨٥/٢ ، و"الفقه الإسلامي وأدلته" للزحيلي - ٣٧٨/٤ ، و"الموسوعة الفقهية الكويتية" - ٤١/١٨ .

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣١٦ ، الموافقات ١٧١/٢ ، البحر الرائق ٢٠٦/٤ ، والموسوعة الفقهية الكويتية ١٨/ ٢٣ .

الأَوَّلُ: حُقُوقٌ يَمْلِك أَصْحَابُهَا إِسْقَاطَهَا؛ مِثْلُ: حَقِّ النَّفَقَةِ، كَمَا لَوْ قَالَتِ الزَّوْجَةُ: أَنَا أُسْقِطُ حَقِّي فِي النَّفَقَةِ، أَوْ فِي المَبِيتِ. فَهَذَا حَقٌّ يُمْكِنُ إِسْقَاطُهُ، ومثله حق الشفعة وحق الخيار في البيع وحق الدائن وحق القصاص.

الثَّانِي: حُقُوقٌ لَا يَمْلِك أَصْحَابُهَا إِسْقَاطَهَا؛ ومِنْ أَمْثِلَةِ ذَلِك: حَقُّ الوَارِثِ فِي الإِرْثِ، وتَنَازُلُهُ بَعْدَ ذَلِك لَا يُعَدُّ إِسْقَاطًا، وَإِنَّمَا يُعَدُّ هِبَةً.

الثَّالِث: حُقُوقٌ لَا تَتَّصِفُ بِالإِسْقَاطِ، ولَا يُمْكِنُ وَصْفُهَا بِذلك.

وينْبغي التَّنْبِيهُ إلى قَضِيَّةٍ مُهِمَّةٍ: وَهِيَ أَنَّ إِسْقَاطَ الحُقُوقِ لَا يَكونُ إِلَّا بَعْدَ ثُبُوتِهَا، أَمَّا قَبْلَ ثُبُوتِ الحَقِّ فَإِنَّ الفُقَهَاءَ يَقُولُونَ: إِسْقَاطُ الحَقِّ فَرْعٌ عَنْ ثُبُوتِهِ، وَمَا لَمْ يَثْبُتْ لَا يُمْكِنُ إِسْقَاطُهُ[١].

مِثَالُ ذَلِك: ما لَوْ قَالَ إِنْسَانٌ: كلُّ مَنْ تَكلَّمَ فِيَّ سَابِقًا فَأَنَا أَجْعَلُهُ فِي حِلٍّ، فَهَذَا حَقٌّ يَقْبَلُ الإِسْقَاطَ؛ فَيَكونَ إِسْقَاطًا صَحِيحًا، أَمَّا لَوْ قَالَ: مَنْ رَغِبَ أَنْ يَتكلَّمَ فِيَّ فَإِنِّي قَدْ جَعلْتُهُ فِي حِلٍّ، فَهَذَا إِسْقَاطٌ لِلْحَقِّ قَبْلَ ثُبُوتِهِ، وَأَكثَرُ فُقَهَاءِ الشريعة يَقُولُونَ: إِنَّه لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ الإِسْقَاطَ فَرْعٌ عَنِ الثُّبُوتِ، وَمَا لَمْ يَثْبُتْ لَمْ يُمْكِنْ إِسْقَاطُهُ.

ومن القواعد المقررة عند العلماء: أن الحق السابق لا يرفعه الحق اللاحق[٢].

أقسامُ الحقِّ باعتِبارِ التَّعيُّين وعدَمِه[٣]:

تَنْقَسِمُ الحُقُوقُ بِالنَّظَرِ إِلى كوْنِها عَيْنِيَّةً أَوْ كفائِيَّةً إلى قِسْمَيْنِ:

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٩/٥، شرح السنة للبغوي ٢٤٦/٨.

(٢) أضواء البيان للشنقيطي ٣١/٣.

(٣) انظر: تفسير القرطبي ٢٩٥/٨، التحبير ٨٧٥/٢، شرح مختصر الروضة للطوفي ٤٠٥/٢، قواطع الأدلة ١١/١.

الأول: حَقٌّ عَيْنِيٌّ: وهو ما نَظَرَ الشارعُ فيهِ إلى الفاعلِ كحَقِّ اللهِ فِي أَدَاءِ العَبْدِ لِلصَّلاَةِ.

الثاني: حَقٌّ كفَائِيٌّ: وهو ما نَظَرَ الشارعُ فيهِ إلى الفِعْلِ فإِذَا قَامَ بِهَا بَعْضُ مَنْ يَكفِي سَقَطَ الطَّلَبُ عَنْ بَقِيَّةِ المُكلَّفِيْنَ، كحَقِّ المسْتَفْتِينَ عَلَى العُلَماءِ فِي الفَتْوَى فِي المسَائِلِ النَّازِلَةِ.

أقسامُ الحقِّ باعتبارِ التَّحديدِ وَالتَّقْدِيرِ وعدمِهِ[1]:

تَنْقَسِمُ الْحُقُوقُ بِالنَّظَرِ إِلَى التَّحْدِيدِ وَالتَّقْدِيرِ وَعَدَمِهِ إِلَى ثَلاثَةِ أَقْسَامٍ:

الأول: الْحَقُّ الْمَحْدُودُ وَهُوَ الْحَقُّ الَّذِي بَيَّنَ الشَّرْعُ أَوِ الالْتِزَامُ أَنَّهُ مُقَدَّرٌ، ومِثالُه فِي الْعِبَادَاتِ: الْفَرَائِضِ الْخَمْسِ فِي الصَّلاَةِ، وَصَوْمِ رَمَضَانَ، وَالْمَقَادِيرِ الْوَاجِبِ إِخْرَاجُهَا فِي الزَّكاةِ حَسَبَ أَنْوَاعِهَا، ومِثالُه فِي الْمُعَاوَضَاتِ الْمَالِيَّةِ: أَثْمَانِ الْمُشْتَرَيَاتِ فِي الْعُقُودِ ، وَقِيَمِ الْمُتْلَفَاتِ .

الثَّانِي : الْحَقُّ غَيْرُ الْمَحْدُودِ: وهُوَ الْحَقُّ الَّذِي لَمْ يُعَيِّنِ الشرع أَوِ الالْتِزَامُ مِقْدَارَهُ، مَعَ وُجُودِ التَّكلِيفِ بِهِ، مِثْل: نفقة الأبناء والأقارب، والصَّدَقَاتِ لسد حاجة المعوزين، وَالإِنْفَاقِ فِي سَبِيل اللَّهِ، وَغَيْرِ ذَلِك مِنَ الْحُقُوقِ الَّتِي لَمْ تُحَدَّدْ، وَذَلِك لِتَعَذُّرِ تَحْدِيدِ هَذِهِ الْحُقُوقِ بِالنِّسْبَةِ لِظُرُوفِ كل حَقٍّ، حَيْثُ تَخْتَلِفُ الْمَقَادِيرُ الْمَطْلُوبَةُ حَسَبَ الأَزْمِنَةِ وَالأَمْكنَةِ الْمُخْتَلِفَةِ، وَكذَلِك الْحَال بِالنِّسْبَةِ لِلأَشْخَاصِ - الْمُؤَدَّى لَهُ الْحَقُّ وَالْمُؤَدِّي - وَذَلِك لأَنَّ الْمَطْلُوبَ أَدَاءُ الْحَقِّ عَلَى أَكمَل وَجْهٍ، وَهُوَ يختلف بِاختِلاَفِ كل حَقٍّ، فَتَرَك التَّحْدِيدَ لِيَتَحَدَّدَ قَدْرُ الْمَطْلُوبِ حَسَبَ كل حَالَةٍ عَلَى حِدَةٍ.

وما سبق في تحديد المقدار، ومثله يقع التقسيم في التحديد في المكان أو الزمان أو الاتجاه أو نحو ذلك.

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (١٨/ ٣٣-٣٤).

أقسامُ الحَقِّ باعْتِبَارِ الإرْثِ وعَدَمِه[١]:

تَنْقَسِمُ الْحُقُوقُ بِالنَّظَرِ إلى إمْكانِ انْتِقالِهَا مِنْ صَاحِبِهَا إِلَى وَرَثَتِهِ وَعدَمِهِ إلى ثلاثةِ أَقْسامٍ:

الأول: الحُقُوقُ الَّتِي تُوَرَثُ: كحُقُوقِ المِلْكيَّةِ؛ فإنَّهَا تَنْتَقِلُ إِلَى الوَرَثَةِ، وَيَمْلِكون مَا كانَ يَمْلِكهُ مُورِّثُهُمْ.

الثاني: الحُقُوقُ الَّتِي لَا تُوَرَثُ: كحَقِّ العَالِمِ فِي الفَتْوَى؛ فَإِذَا مَاتَ العَالِمُ فَإِنَّ أَبْنَاءَهُ لَا يَأْخُذُونَ مَكانَهُ فِي الفَتْوَى.

الثالث: الحُقُوقُ الَّتِي وَقَعُ الاِخْتِلَافُ فِيهَا هل هِي مِمَّا يُوَرَثُ أَوْ لَا: كحَقِّ المسْتَأْجِرِ فِي الاِنْتِفَاعِ بِالْعَيْنِ المؤَجَّرَةِ؛ فَالجُمْهُورِ يَقُولُونَ: إِنَّه حَقٌّ يُورَّثُ، وَالحَنَفِيَّةِ يَقُولُونَ: إِنَّه لَا يُورَّثُ.

وَقَدْ يَقَعُ فِي بَعْضِ الحُقُوقِ تَقْسِيمٌ وَتَنْوِيعٌ مِنْ جِهَةِ الإِرْثِ؛ مِثْلُ: الشُّفْعَةِ؛ فَإِنَّ الشُّفْعَةَ إِذَا كانَ المورِّثُ قَدْ طَالَبَ بِالشُّفْعَةِ، فَحِينَئِذٍ يحق لِوَرَثَتِهِ أَنْ يَسْتَمِرُّوا فِي المطَالَبَةِ، وَأَمَّا إِذَا مَاتَ قَبْلَ المطَالَبَةِ بِالشُّفْعَةِ، فَالجُمْهُورُ يَقُولُونَ: لَا حَقَّ لِوَرَثَتِهِ فِي المطَالَبَةِ بِالشُّفْعَةِ[٢].

كما قسم ابن رجب الحقوق إلى خمسة حقوق:

١- حق ملك.

٢- حق تملك.

٣- حق انتفاع.

---

(١) انظر: الهداية بشروحها ١٢٥/٥، حاشية ابن عابدين ٤٤٥/٦، بدائع الصنائع ٣٨٤٢/٨، تخريج الفروع على الأصول ص١٤٩، قواعد ابن رجب ص٢٠٠، "الفقه الإسلامي وأدلته" – ٣٧٣/٤-٣٧٤، و"الموسوعة الفقهية الكويتية" – ٣٦/١٨-٤٠.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٩٧، البحر الرائق ٥٥٧/٨، الذخيرة ٣٦/٥، بداية المجتهد ١٧١/٢.

٤- حق اختصاص.

٥- حق التعلق باستيفاء حق[1].

وَإِذَا نَظَرَ الإِنْسَانُ فِي بَابِ الحُقُوقِ وَجَدَ أَنَّهُ مِنْ أَهَمِّ الأَبْوَابِ الَّتِي يُحَاوِلُ المُبْطِلُونَ مِنْ أَدْعِيَاءِ المُحافَظَةِ على الحُقُوقِ أَنْ يَنْفُذُوا مِنْهَا إلى معارضة الشرع بِدَعْوَى المحافَظَةِ على الحُقوقِ -زعموا- كحُقُوقِ الزَّوْجَةِ وَحُقُوقِ الزَّوْجِ، وحُقُوقِ المَرْأَةِ، أَو الطِّفْلِ، وحُقُوقِ الإِنْسَانِ، وغير ذلك.

وَالنَّاظِرُ فِي هَذِهِ الحُقُوقِ المدَّعَاةِ يجد أَنَّهَا على ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ:

الأَوَّلُ: مَا هُوَ حَقٌّ، لَكنَّ الشريعة قَدْ وَرَدَتْ بِأَعْلَى دَرَجَاتِهِ، وَأَتَتْ فِيهِ بِمَا لَمْ يَأْتِ بِهِ غَيْرُهَا، ومِنْ ذَلِك: حَقُّ الحُكمِ بِالعَدْلِ بَيْنَ النَّاسِ، فالعَدْلُ بَيْنَ النَّاسِ مِنَ الحُقُوقِ الثَّابِتَةِ لَهُمْ، وَالشريعة قَدْ قَرَّرَتْ فِيهِ مَا لَمْ تَأْتِ بِهِ غَيْرُهَا مِنَ الدَّسَاتِيرِ وَالأَنْظِمَةِ الوَضْعِيَّةِ.

---

(١) قواعد ابن رجب القاعدة (٨٥) ص٣٤١، وتقدمت الإشارة له ص٨٤.

وانظر الكلام عن حق الملك في معالم السنن للخطابي ٢/ ٢١١، تبيين الحقائق ٥/ ٢٦٦، تفسير المنار ١١/ ٢٣٢، تحفة الأحوذي ٤/ ٣٠٨٦، إعلام الموقعين ٢/ ٤٥، البحر الرائق ٨/ ١٥٨.

وانظر: الكلام في حق التملك في عمدة القاري ٢٤/ ٤٩٣، البحر الرائق ٨/ ١٤٣، فتاوى الشيخ محمد بن إبراهيم ٨/ ١٥٩، المبسوط ٥/ ٧٧، تحفة الفقهاء ٣/ ٣٠٤، اسنى المطالب ٢/ ٣٨٨، الوسيط ٤/ ٤٢٩، الفروع ٦/ ٢١٥.

وانظر: الكلام عن حق الانتفاع في زاد المعاد ٥/ ٧١٠، تبيين الحقائق ٥/ ٩٠، شرح فتح القدير ٦/ ٣٥، دليل المحتاج ٢/ ٧٧، كشاف القناع ٣/ ٢٧٧.

وانظر: الكلام عن حق الاختصاص في المبسوط ٦/ ٤٦٢، الشرح الكبير للرافعي ١١/ ١١٨، أحكام أهل الذمة ١/ ٢٥٣، فتاوى السبكي ١/ ٤٥٤، فتاوى الشيخ محمد إبراهيم ٨/ ١٧١.

وانظر: الكلام عن حق التعلق لاستيفاء حق في فتاوى ابن تيمية ٣٥/ ٤٠٢، الطرق الحكمية ص١٥٤، الكافي لابن قدامة ٢/ ١٤٣، شرح منتهى الإرادات ١/ ٥٠٧.

الثَّانِي: مَا لَيْسَ بِحَقٍّ، وَمِنْ أَمْثِلَتِهِ: مَا قَدْ يُقَرِّرُهُ بَعْضُهُمْ مِنْ حَقِّ الإِنْسَانِ فِي قَضَاءِ وَطَرِهِ؛ حَيْثُ قد يَجْعَلُ بعضهم لِلإِنْسَانِ الحَقَّ فِي الشُّذُوذِ وَاللِّوَاطِ، وَهَذَا لَيْسَ مِنْ حَقِّ الإِنْسَانِ فِي شَيْءٍ، وَمِثْلُهُ: مَا قَدْ يُقَرِّرُهُ بَعْضُهُمْ مِنْ حَقِّ الإِنْسَانِ فِي التَّصَرُّفِ فِي نَفْسِهِ وَلَوْ بِالقَتْلِ وَالِانْتِحَارِ.

الثَّالِثُ: مَا يكونُ أَصْلُ الحَقِّ فِيهِ مِنَ الأُمُورِ الصَّحِيحَةِ، لَكِنَّ أَسَالِيبَهُ وَطُرُقَهُ -أَوْ تَفْسِيرَاتِهِ- غَيْرُ مَقْبُولَةٍ، ومِنْ ذلك: حَقُّ الإِنْسَانِ فِي الحُرِّيَّةِ، أَوْ حَقُّ الإِنْسَانِ فِي الكَرَامَةِ، فَهَذَا حَقٌّ صَحِيحٌ ثَابِتٌ، ولَكِنْ عِنْدَمَا يُقَرَّرُ عَلَى وَجْهِ تَصَرُّفِ الإِنْسَانِ فِي أَمْوَالِ الآخَرِينَ بِغَيْرِ وَجْهِ حَقٍّ، أَوْ عَلَى جِهَةِ تَصَرُّفِ الإِنْسَانِ بِالتَّصَرُّفَاتِ المُحَرَّمَةِ؛ فَإِنَّه لايكونُ حَقّاً.

وَمِنْ ذلك: مَا شاعَ في هذا العَصْرِ واصْطُلِحَ عليه بحَقِّ حُرِيَّةِ التَّعْبِيرِ، فَإِنَّه مِنَ الحُقُوقِ الثَّابِتَةِ ولَكِنَّه مَحْكومٌ فِي الشرع بِقَاعِدَةِ: **(مَنْ كانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلْيَقُلْ خَيْرًا أَوْ لِيَصْمُتْ)**[١]، ولِذلك لا يَصِحُّ أَنْ يُتَّخَذَ مِنْ هَذَا الحَقِّ -حَقِّ حُرِّيَّةِ التَّعْبِيرِ- سَبَبٌ للتَّهَجُّمِ عَلَى الآخَرِينَ، وَالقَدْحِ فِيهِمْ، أَوْ إِعْطَاءِ الإِنْسَانِ الحُرِيَّةَ فِي الكلامِ فِيْمَا يَؤُولُ إِلَى تَقَاطُعِ النَّاسِ، وَتَهَاجُرِهِمْ، وَبَغْضَاءِ بَعْضِهِمْ لِبَعْضٍ، فلَيْسَ هذا مِنْ حَقِّ حُرِيَّةِ التَّعْبِيرِ في قليلٍ ولا كثيرٍ.

شُرُوطُ الحَقِّ:

يُشتَرَطُ فِي الحَقِّ أَمْرَانِ:

الأَوَّلُ: ثُبُوتُ الحَقِّ:

بِأَنْ يَكونَ الحَقُّ لَهُ سَبَبٌ صَحِيحٌ يُؤَدِّي إِلَى إِثْبَاتِهِ، فلَوْ جَاءَ إِنْسَانٌ لِآخَرَ وَقَالَ: أَعْطِنِي نَفَقَةً لِأَنِّي فِي سِنِّ وَالِدِك، لَقُلْنا لهُ: لَمْ يَثْبُتِ الحَقُّ هُنَا؛ لِعَدَمِ وُجُودِ سَبَبِهِ، وكذلك لا يثبت حق إسقاط الشفعة قبل البيع[٢].

---

(١) أخرجه البخاري في "الصحيح" - " كتاب الرقاق- باب حفظ اللسان"، حديث (٦٤٧٥)، ومسلم في "الصحيح" - "كتاب الإيمان- باب الحث على إكرام الجار والضيف ولزوم الصمت"، حديث (٤٧).

(٢) انظر: فتح العزيز ١٠/٣٥٢، الشرح الكبير للرافعي ١٠/٣٦٢، موسوعة الفقه المصرية ١/٣١.

الثَّانِي: مَشْرُوعِيَّةُ ذَلِكَ الحَقِّ:

فَإِذَا لَمْ يَكُنْ مشروعاً فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ الْحَقُّ ، وَمِنْ أَمْثِلَتِهِ: ما لَوْ أَمَرَ الوَالِدُ وَلَدَهُ بِعَدَمِ القِيَامِ بِوَاجِبٍ مِنَ الوَاجِبَاتِ الشرعية كالزكاة ، أَو أَمَرَ الزَّوْجُ زَوْجَتَهُ بِأَلَّا تُغَطِّيَ وَجْهَهَا ، لَمْ تَلْزَمْ طاعَتُهُ ، وذلك لأَنَّ هَذَا الحَقَّ لَمْ تَثْبُتْ مشروعية ، وَلِذلك لَا يَكونُ حَقًّا صَحِيحًا .

طُرُقُ إِثْبَاتِ الحَقِّ:

طُرُقُ إِثْبَاتِ الحَقِّ مُتَعَدِّدَةٌ وَمُخْتَلِفَةٌ ، وَلِذلك يَخُصُّونَهَا بنَظَرِيَّةٍ مُسْتَقِلَّةٍ يُسَمُّونَهَا (نَظَرِيَّةَ الإِثْبَاتِ)[1] ، وهذه الطرق لا تنشيء حقاً جديداً ، وإنما توثق الحقوق الثابتة ، وتكون دليلاً على وجودها ، ولا يلزم توافق الحق وطريق إثباته في وقت وجودهما .

أَحْكَامُ الحَقِّ[2]:

أحكامُ الحَقِّ: هي آثارُهُ المترتبةُ عليهِ بَعْدَ ثبوتِهِ لِصاحبِهِ ، وأحكامُهُ ما يأتي:

١- مشروعية اسْتِيفَاءِ الحق والمطالبة به ، فإِذَا اسْتَوْفَاهُ صاحب الحق فَإِنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ حَرَجٌ بِذلك ، بَلْ هُوَ مِمَّا يَثْبُتُ لَهُ شَرْعاً ؛ فَمِنْ حَقِّ الزَّوْجَةِ عَلَى زَوْجِهَا المَبِيتُ عِنْدَهَا ، وَيَجُوزُ لَهَا اسْتِيفَاءُ هَذَا الحَقِّ وَالمطَالَبَةُ بِهِ .

٢- مشروعية اسْتِعْمَالِ الحق عَلَى الوَجْهِ المشروع ؛ فحَقُّ الجِوَارِ مَثلاً حَقٌّ ثابتٌ لِلْجَارِ ، وله أَنْ يَسْتَعْمِلَهُ عَلَى الوَجْهِ المشروع ؛ ومِنْ حَقِّ الجوار مَثَلًا أَنْ يَضَعَ خشبته عَلَى جِدَارِهِ .

٣- أَنَّ صَاحِبَ الحَقِّ يجوز لَهُ أَنْ يَحْمِيَ الحَقَّ الَّذِي لَهُ .

٤- أَنَّ الحَقَّ يَنْقَضِي بِانْقِضاءِ حكم سَبَبِهِ ، أَوْ بِانْقِضَاءِ مُدَّتِهِ .

٥- أَنَّهُ قَدْ يحصل تَعَسُّفٌ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ ، وسيَأْتِي بَحْثُ ذلك مُفْرَداً ، لِأَنَّ التَّعَسُّفَ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ نَظَرِيَّةٌ مُسْتَقِلَّةٌ .

---

(١) سيأتي مفصلاً بحث هذه النظرية في الفصل السابع .

(٢) انظر: "الفقه الإسلامي وأدلته" - (٤/ ٣٨١-٣٩٦ ، الملكية الفكرية في الفقه الإسلامي للدكتور أسامة خليل ص٢٠ .

نَقْلُ الحَقِّ(١):

الحقوقُ نوعانِ:

الأول: حُقُوقٌ تَقْبَلُ النَّقْلَ؛ كحَقِّ المِلْكيَّةِ، وانتقال الحق له أسباب منها العقود، والوفاة، والإباحة كما في الإذن بأكل الطعام.

الثاني: حُقُوقٌ لَا تَقْبَلُ النَّقْلَ؛ كحَقِّ الزَّوْجِيَّةِ، فَحَقُّ الزَّوْجِيَّةِ مِنْ حَيْثُ هو هو لا يَقْبَلُ النَّقْلَ، إلا أَنَّهُ قد يَنْتَقِلُ لِوُجُود سَبَبٍ آخَرَ، كما لَوْ طُلِّقَتِ الزَّوْجَةُ فتَزَوَّجَهَا آخَرُ، ولَكنْ لَوْ لَمْ يَنْتَقِلْ سَبَبُ الحَقِّ -الَّذِي هُوَ الزَّوْجِيَّةُ- فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ النَّقْلُ؛ فلَوْ قَالَ شَخْصٌ: سَأُسَافِرُ وَسَأَنْقُلُ حَقَّ الزَّوْجِيَّةِ لِفُلَانٍ مُدَّةَ غَيْبَتِي ،لم يُقْبَلْ مِنْهُ هَذَا.

فالنوع الأول يورث الحق فيه، والثاني لا يورث، وهناك حقوق وقع الخلاف في إرثها مثل حق خيار الشرط، قال الجمهور: «هو حق يورث وخالفهم فقهاء الحنفية».

انقضاء الحق(٢):

لانتهاء الحق أسباب قد قرر الشرع أن الحق ينتهي بها، وانقضاء الحق يختلفُ بحسبِ نوعِ الحقِّ، فحَقُّ الزواجِ ينتهى بالطلاقِ، وحَقُّ الابنِ في النفقةِ على أَبيهِ ينتهي بقدرتِهِ على الكسبِ، وحَقُّ المِلْكيَّةِ ينتهي بالبيعِ أو التلف، وحَقُّ الانتفاعِ ينتهي بفسخِ عقدِ الإجارةِ أو انتهاءِ المدةِ، أو بانفساخِ العقدِ بالأعذارِ أو الظروفِ الطارئةِ كانهدامِ المنزلِ، وحَقُّ الدَّيْنِ ينتهي بالأداءِ أو بالمُقَاصَّةِ أو بالإبراءِ: وهو إسقاطُ صاحبِ الحَقِّ حَقَّهُ مِمَّنْ هو عليهِ.

وبذلك يمكن تلخيص هذه المقتضيات لانتهاء الحق فيما يلي:

١ - انتهاء السبب.

---

(١) انظر: القواعد لابن رجب قاعدة (٨٧) ص٢١١ قال: «قاعدة فيما يقبل النقل والمعاوضة من الحقوق المالية والأملاك»، وقواعد الأحكام ٧٩/٢، الفقه الإسلامي وأدلته - ٤/ ٣٩٧، وانظر: المبوسط ٢/٣، المحيط البرهاني ٣٥٠/٧، اسنى المطالب ٣٥٠/٤، المجموع ٣٨٠/١٥، تحفة المحتاج ١٨١/١٢، حاشية البجيرمي ٣٥٨/١٣، روضة الطالبين ٢١٢/٨، الفروق ٣٢٧/٢.

(٢) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته ٤/ ٣٩٧.

٢- وجود سبب ناقل للحق.

٣- فسخ العقود أو انفساخها.

٤- انتهاء المدة كما في الإجارة.

٥- الوفاء بالحق كما في سداد الدين وإرجاع الوديعة.

٦- تنازل صاحب الحق عن حقه كما في الإبراء.

بَعض الفروقاتِ بَينَ الدِّراسَاتِ الشرعيةِ وَالدِّراسَاتِ القَانُونِيَّةِ المُتَعلِّقَةِ بِنَظَرِيَّةِ الحَقِّ(١):

ثَمَّ عَددٌ مِنْ الاخْتِلافاتِ، وجُمْلٌ مِنْ الفُرُوقاتِ بَيْنَ الدِّرَاسَاتِ الشرعية وَالدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ المتَعَلِّقَةِ بِنظَرِيَّةِ الحَقِّ، وهي على سَبِيْلِ الاختِصارِ:

الأَوَّلُ: أَنَّ مُقْتَضَيَاتِ الحَقِّ فِي القَانُونِ لَا بُدَّ أَنْ تكونَ مَنْصُوصَةً، وَلِذلك فَهِيَ مَحْصُورَةٌ، بِخِلَافِ مُقْتَضَيَاتِ الحَقِّ عِنْدَ فُقَهَاءِ الشريعة فَإِنَّهَا غَيرُ مُنْحَصِرَةٍ.

وَمِنْ أَمْثِلَةِ ذَلِك: حَقُّ الوَالِدِ، لَيْسَ مُقَيَّداً فِي الشريعة بِأَفْعَالٍ مَخْصُوصَةٍ، بَلْ كلُّ مَا فِيهِ إِحْسَانٌ لِلْوَالِدِ فَإِنَّهُ يَدْخُلُ فِي حَقِّهِ.

بِخِلَافِ نَظْرَةِ القَانُونِيِّينَ؛ فَإِنَّ حَقَّ الوَالِدِ عِنْدَهُمْ مَحْصُورٌ بما هو مقرر نظاماً، وَلَا نُثْبِتُ لَهُ حَقًّا جَدِيدًا إِلَّا بِنَصٍّ جَدِيدٍ.

الثَّانِي: العِنَايَةُ بِرِعايَةِ جَانِبِ التَّدَيُّنِ فِي بَابِ الحُقُوقِ؛ فَإِنَّ الحَقَّ فِي الشريعة وعِنْدَ الفُقَهَاءِ يَنْقَسِمُ إِلَى حُقُوقٍ قَضَائِيَّةٍ، وأخرى تَثْبُتُ بِمقْتَضى الدِّيَانَةِ، أَمَّا عِنْدَ القَانُونِيِّينَ فَإِنَّهُ لَا يَكونُ حَقًّا إِلَّا مَا ثَبَتَ بِالقَضَاءِ، أَوْ أَمْكنَ إِثْبَاتُهُ بِالقَضَاءِ.

ومِثَالُ ذَلِك: أَنَ مِنْ حَقِّ الوَالِدِ أَنْ تَتَقَرَّبَ إِلَى اللهِ بِمَحَبَّتِهِ، فَهَذَا حَقٌّ ثَابِتٌ دِيَانَةً، ولَكنْ لَا يُمْكنُ إِثْبَاتُهُ بِالقَضَاءِ، وَلِذلك فلَيْسَ هُوَ مِنَ الحُقُوقِ عِنْدَ القَانُونِيِّينَ، ولكنَّهُ كذلك عِنْدَ عُلَمَاءِ الشريعة.

---

(١) ينظر: الحق والذمة لعلي الخفيف (ص:٥٩ وما بعدها)، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون والوضعي لأحمد الخولي (ص:١٩ وما بعدها).

الثَّالِثُ: أَنَّ الحُقُوقَ عِنْدَ القَانُونِيِّينَ مُقْصُورةٌ عَلَى حُقُوقِ المخْلُوقَاتِ؛ سَوَاءٌ كانَتْ مِنَ الآدَمِيِّينَ، أَوْ مِنْ بَهِيمَةِ الأَنْعَامِ، أَمَّا عِنْدَ الفُقَهَاءِ وَعُلَمَاءِ الشريعة فَإِنَّ هناك حُقُوقاً ثَابِتَةً للهِ؛ حُقُوقاً ثَابِتَةً للنَّبِيِّ الكرِيمِ عليه أُفْضَلُ الصلاةِ وأَتَمُ التَّسْلِيْمِ، وَأَهْلُ القَانُونِ لَا يَجْعَلُونَهَا مِنَ الحُقُوقِ.

ومِنْ القانُونِيِّيْنَ مَنْ يقولُ: إِنَّ هُنَاكَ حُقُوقًا مُقَرَّرَةً مِنْ أَجْلِ النِّظَامِ العَامِّ؛ فَعَلَى الإِنْسَانِ مَثلاً أَنْ يَلْتَزِمَ بأَنْظِمَةِ المُرُورِ، وهذا حَقٌّ، ولَكنْ لَيْسَ سَبَبُ الإِلْزَامِ بهذا كوْنَهُ مِنْ حُقُوقِ اللهِ، وإِنَّما هو حَقٌّ ثَابِتٌ لِلنِّظَامِ العَامِّ، وقد يمنعون من سب الله مراعاة لحق الآخرين الذين يتأذون به.

الرابع: أَنَّ الحُقُوقَ فِي كثير من الدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ تَتَعَلَّقُ بِأَفْرَادٍ، ولَايَنْظُرُون إِلَى الحُقُوقِ الِاجْتِمَاعِيَّةِ الَّتِي تَتَعَلَّقُ بِالمُجْتَمَعِ بعامَّةٍ، ولِذلك فَإِنَّ مَا يُقَرِّرُونَهُ مِنْ أَحْكامِ النِّظَامِ العَامِّ إِنَّما يُقَرِّرُونَهُ بِاعْتِبَارِ أَنَّهَا حُقُوقُ أَفْرَادٍ.

الخامس: أَنَّ الحُقُوقَ فِي الشريعة الإِسْلَامِيَّةِ مِنْحَةٌ إِلَهِيَّةٌ، لَا يَسْتَطِيعُ أَحَدٌ إِلْغَاءَهَا، وإِسْقَاطُ بَعْضِ أَصْحَابِ الحُقُوقِ لِحَقِّهِ لَا يَعْنِي عَدَم ثَبَاتِ الحَقِّ لَهُ ابْتِدَاءً، بِخِلَافِ النَّظْرَةِ القَانُونِيَّةِ؛ فَإِنَّ الحُقُوقَ عِنْدَهُمْ نَاشِئَةٌ مِنَ الأَفْرَادِ، أَوْ مِنَ القَانُونِ، أَوْ مِنَ المجْتَمَعِ؛ وَلِذلك يَقُولُونَ: إِنَّ مِنْ الممكنِ أَنْ تَتَغَيَّرَ هَذِهِ الحُقُوقُ، أَو يَحْصُلَ اتِّفَاقٌ عَلَى إِلْغَائِها.

ومِنْ ذَلِك: أَنَّ مِنَ الحُقُوقِ المقَرَّرَةِ فِي الشريعة حَقَّ النَّصِيحَةِ، وليسَ في إِمْكانِ أَحدٍ مِنَ النَّاسِ أَنَّ يُلْغِيَ هَذَا الحَقَّ، ولِذلك يَنْصَحُ النَّاسُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا، وَيَنْصَحُ النَّاسُ ولاةَ أَمْرِهم، فالنَّصِيْحةُ حَقٌّ مُقَرَّرٌ فِي الشَّرْعِ، لا يَمْلِك أَحَدٌ إِسْقَاطَهُ أَو إِلْغَاءَهُ.

ومنه أَيْضًا: حَقُّ الشُّورَى، فَإِنَّه حَقٌّ إِلَهِيٌّ -وَإِنْ لَمْ تكنْ نَتِيجَتُهُ مُلْزِمَةً- بِخِلَافِ الطَّرِيقَةِ البَرْلَمَانِيَّةِ مَثَلًا عِنْدَ أَصْحَابِ الحَضَارَاتِ الأُخْرَى؛ فَإِنَّهُمْ يَقُولُونَ: إِذَا صَوَّتَ النَّاسُ عَلَى إِلْغَاءِ الطَّرِيقَةِ البَرْلَمَانِيَّةِ أَوِ الشُّورِيَّةِ لَزِمَ إِلْغاؤُها، لِأَنَّ الحَقَّ مُسْتَفَادٌ عِنْدَهُمْ مِنَ المُجْتَمَعِ، فَإِذَا اتفق المجتمع عَلَى إِلْغَائِهِ لَزِمَ ذلك كما سَبَقَ، بِخِلَافِ هَذَا الحَقِّ فِي الشريعة؛ فَإِنَّهُ مِنْحَةٌ إِلَهِيَّةٌ، وَأَمْرٌ مُقَدَّسٌ.

السادس: أَنَّ الحُقُوقَ مُتَعَلِّقَةٌ عِنْدَ القَانُونِيِّينَ بالإرادةِ، بِخِلَافِهَا عِنْدَ الفُقَهَاءِ؛ فَإِنَّه قَدْ تَثْبُتُ وَلَوْ لَمْ يَكنْ هُنَاكَ إِرَادَةٌ - كما تَقَدَّمَ.

السابع: أَنَّ القَانُونِيِّين يَعْتَبِرُونَ الحُقُوقَ مَصَالِحَ لِمَنْ لَهُ الحَقُّ، بِخِلَافِ عُلَمَاءِ الشريعة؛ فَإِنَّهُمْ يجعلون الحُقُوقَ وَاجِبَاتٍ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ الحَقُّ، وَلَوْ لَمْ يَكنْ مَنْ لَهُ الحَقُّ مُسْتَفِيدًا مِنْ ذَلِكَ[1].

الثامن: أَنَّ ثَمَّ اخْتِلَافاً فِي مَصْدَرِ الحَقِّ بين عُلَمَاءِ الشريعة والقَانُونِيِّينَ- كما تَقَدَّمَ -[2]؛ وبيانُ ذلك أَنَّ عُلَمَاءَ الشريعة يَرَوْنَ أَنَّ مَصَادِرَ الحَقِّ مُنْحَصِرَةٌ بالاستِقْراءِ في ثَلَاثَةٍ:

الأَوَّلُ: أَدِلَّةُ الشريعة وَقَوَاعِدُهَا.

الثَّانِي: العُقُودُ.

الثَّالِثُ: الِالْتِزَامُ.

أَمَّا القَانُونِيُّونَ فَإِنَّهُمْ يَخْتَلِفُونَ فِي مَصْدَرِ الحَقِّ؛ هَلْ هُوَ العَقْلُ؟ أَوِ الفَرْدُ؟ أَوِ المُجْتَمَعُ؟ أَوِ القَانُونُ؟

وَمِنْ هَذَا المُنْطَلَقِ نَشَأَتِ المُقَارَنَةُ السَّابِقَةُ عِنْدَ قولِنا: الحَقُّ مِنْحَةٌ إِلَهِيَّةٌ.

التاسع: أَنَّ عُلَمَاءَ الشريعة عُنُوا بِالجَانِبِ التَّطْبِيقِيِّ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِالحُقُوقِ، وَمِنْ هُنَا كانَتْ كتَابَاتُ الفُقَهَاءِ عَنِ الحَقِّ مُنْطَلِقَةً مِنْ تَقْرِيرِ مَسَائِلَ تَطْبِيقِيَّةٍ، وَالجَوَانِبُ التَّنْظِيرِيَّةُ عِنْدَهُمْ قَلِيلَةٌ وَنَادِرَةٌ، وَأَغْلَبُ مَا تُبْحَثُ فِي عِلْمِ الأُصُولِ، بِخِلَافِ طَرِيقَةِ القَانُونِيِّينَ؛ فَإِنَّهُمْ يُعْنَوْنَ بِالجَانِبِ التَنْظِيرِيِّ أَكْثَرَ مِنْ عِنَايَتِهِمْ بِالجَانِبِ التَّطْبِيقِيِّ.

المُؤَلَّفَاتُ فِي نَظَرِيَّةِ الحَقِّ:

نَظَرِيَّةُ الحَقِّ اعْتَنَى بِهَا العَدِيدُ مِنَ العُلَمَاءِ، وَأَلَّفُوا فِيهَا مُؤَلَّفَاتٍ كثِيرَةً، ومِنْ أَشْهَرِ تلك المؤَلَّفَاتِ:

---

(١) انظر: النظريات السياسية الإسلامية للدكتور محمد ضياء الدين الريس ص٢٦٢، الحق لضميرية ٤٠/٣٧٠.

(٢) انظر: ما سبق - ص١٠٦.

- "مَصَادِرُ الحَقِّ" لِعَبْدِ الرَّزَّاقِ السَّنْهُورِيِّ.
- "الحَقُّ وَالذِّمَّةُ" لِلشَّيْخِ عَلِيٍّ الخَفِيفِ.
- "الأَهْلِيَّةُ وَنَظَرِيَّةُ الحَقِّ فِي الشريعة الإِسْلَامِيَّةِ" لعَبْدِ اللهِ بْنِ عَبْدِ العَزِيزِ العَجْلَانِ(١).
- "الحَقُّ وَمَدَى سُلْطَانِ الدَّوْلَةِ فِي تَقْيِيدِهِ" لِفَتْحِي الدُّرَيْنِيِّ.
- "نَظَرِيَّةُ الحَقِّ بَيْنَ الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ وَالقَانُونِ الوَضْعِيِّ" لأَحْمَدَ محمود الخُولِي.
- "الذِّمَّةُ وَالحَقُّ وَالِالْتِزَامِ وَتَأَثُّرُهَا بِالموْتِ" للمُكاشِفِيِّ طه الكباشيِّ، وَهو مؤلفٌ فِي بعضِ جَوَانِبِ نَظَرِيَّةِ الحَقِّ.
- "نظرية الحق" للدكتور جميل الشرقاوي.
- "الإبراء من الحق في الفقه الإسلامي" للدكتور صالح المحيميد.
- "الحق وأنواعه" للدكتور صالح المحيميد.
- "أسباب سقوط الحقوق المالية" لمحمود طهمان.
- "بيع الحقوق والمنافع في الفقه الإسلامي" لمحمد محروس الأعظمي.
- "الشريعة الإسلامية في القرآن – نظرية الحق" لعبدالسلام التونجي.
- "المعاوضة على الحقوق" لعبدالله الموسى.
- "الحق في الشريعة الإسلامية" للأستاذ عثمان جمعة ضميرية، بحث منشور في مجلة البحوث الإسلامية العدد (٤٠).
- "الحق في الحق" للدكتور محمد شتا أبو سعد، مجلة العدل عدد (١٤).

وَقَدْ سَبَقَتْ الإشارةُ إِلَى أَنَّ بَعْضَ أَهْلِ العِلْمِ كابْنَ رَجَبٍ قد اعتنى بذكر الحُقُوقِ وأَقْسامِها، مِمَّا يُعَدُّ مِنْ ضُروبِ التَّأليفِ السابقِ في بَعْضِ أَبوابِ هذه النَّظَرِيَّةِ واللهُ أَعْلَمُ(٢).

*****

---

(١) وهو من أوسع المؤلفات في هذه القاعدة.

(٢) انظر: ما سبق – ص٨٤.

الفصل الخامس

نَظَرِيَّةُ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ

في الفصل الماضي تكلمت عن الحق ، وَاسْتِعْمَالُ الحَقِّ عَلَى نَوْعَيْنِ :

النَّوْعُ الأَوَّلُ: اسْتِعْمَالٌ مشروع ؛ بِأَنْ يَكونَ مُتَوَافِقًا مَعَ الدَّلِيلِ الشرعي غَيْرَ مُتَعَارِضٍ مَعَهُ ، وَلَا يَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ إِضْرَارٌ بِالآخَرِينَ ، وَلَا تَفْوِيتٌ لِلْمَصَالِحِ .

وَالنَّوْعُ الثَّانِي: اسْتِعْمَالٌ غَيْرُ مشروع ؛ وَهَذَا هُوَ الَّذِي يُسَمَّى بِـ« التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ » .

وَالنَّاظِرُ فِي كتَابَاتِ فُقَهَاءِ الشريعة يَجِدُ أَنَّهُمْ يَتَكلَّمُونَ عَنْ هَذَا المَوْضُوعِ لَكِنْ بِمُصْطَلَحَاتٍ أُخْرَى ؛ فَمِنْ تِلْكَ المُصْطَلَحَاتِ: « المُضَارَّةُ في الحقوق »[١] ؛ وَهَذَا اللَفْظُ مَأْخُوذٌ مِنْ عَدَدٍ مِنَ النُّصُوصِ الشرعية الَّتِي وَرَدَتْ فِي هَذَا البَابِ ، وَمِنْهَا حَدِيثُ: **(لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ)**[٢] ، وَمِنْهَا قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: **﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾**[٣] ، وَقَوْلُهُ: **﴿وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾**[٤] . وَإِنْ كانَ اسْمُ المُضَارَّةِ أَعَمَّ من اسم « التعسف في استعمال الحق » ؛ بِحَيْثُ يَشْمَلُ تِلْك الِاسْتِعْمَالَاتِ البَاطِلَةَ .

الِاسْمُ الثَّانِي: اسْمُ « الإِسَاءَةِ »[٥] ؛ فَإِنَّ لَفْظَ الإِسَاءَةِ لَفْظٌ قَدِ اسْتَعْمَلَهُ بَعْضُ فُقَهَاءِ الشريعة عَلَى التَّعسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ .

---

(١) الطرق الحكمية لابن القيم ص٣١٠ .

(٢) أخرجه أحمد في « مسنده » (٣١٣/١) ، وابن ماجه في كتاب الأَحْكَام- باب من بنى في حَقّه ما يضر بجاره (٢٣٤٠) ، من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه ، وصححه الألباني في « صحيح ابن ماجه » ، وفي الباب من حديث ابن عباس وأبي سعيد الخدري وغيرهما رضي الله عنهم .

(٣) سورة البقرة ، الآية [٢٣٣] .

(٤) سورة البقرة ، الآية [٢٨٢] .

(٥) فتح الباري ٢٢٢/١٣ ، البيان والتحصيل ٧٣/٥ .

اللَفْظُ الثَّالِثُ: الِاسْتِعْمَالُ المَذْمُومُ(١).

وَاللَفْظُ الرَّابِعُ: «التَّعَنُّتُ»(٢).

وَهُنَاكَ اسْمٌ يَسْتَعْمِلُهُ عَدَدٌ مِنْ فُقَهَاءِ المَالِكِيَّةِ، يَقُولُونَ: «التَّعَدِّي بِطَرِيقِ التَّسَبُّبِ»(٣)، وَلَا مُشَاحَّةَ فِي الِاصْطِلَاحِ؛ فَإِنَّهُ إِذَا عُرِفَ المَقْصُودُ وَكانَ اللَفْظُ لَيْسَ فِيهِ مُؤَاخَذَةٌ شَرْعِيَّةٌ، فَلَا مُشَاحَّةَ فِي المَقْصُودِ.

وإن كان لفظ «التعسف في استعمال الحق» أعم من هذه المصطلحات، إذ قد لا يكون من نتائج التعسف في استعمال الحق مضارة، ولا إساءة كما في عقود الحيل ونكاح التحليل(٤).

تَعْرِيفُ التَّعَسُّفِ:

أَوَّلًا: المَعْنَى اللُّغَوِيُّ:

التَّعَسُّفُ فِي اللُّغَةِ مَأْخُوذٌ مِنَ العَسْفِ، وَلَهُ عَدَدٌ مِنَ المَعَانِي اللُّغَوِيَّةِ(٥):

منها: المَيْلُ وَالعُدُولُ عَنِ الطَّرِيقِ؛ فَإِنَّه يُسَمَّى عَسْفًا.

وَكذَلِك يُطْلَقُ العَسْفُ بِمَعْنَى: الظُّلْمِ.

---

(١) الموافقات ٣/٣٢٧.

(٢) شرح السير الكبير ٣/٢٢٥، البحر الرائق ٧/١٤٥، لسان الحكام ص٢٥١، حاشية العدوي ١/٣٧٤، إعانة الطالبين ١/١٠، الشرح الكبير للرافعي ٩/٣٣٤، روضة الطالبين ٤/٣٥١، الفروع ٣/٣٢٨، أدب المفتي ص٥٧٩.

(٣) الموافقات للشاطبي ٢/٣٤٨.

(٤) ينكر الشيخ بكر أبوزيد هذه التسمية كما في معجم المناهي اللفظية ص٣٨٩، وفقه النوازل ١/١٩٥.

(٥) انظر: معجم "مقاييس اللغة" لابن فارس (٤/٣١١،٣١٢)، معجم "لسان العرب" لابن منظور، مادة "عسف" (٩/٢٤٥)، "تاج العروس" للزبيدي (٢٤/١٥٧)،

وَكذَلِك أَيْضًا يُطْلَقُ العَسْفُ وَيُرَادُ بِهِ: السَّيْرُ بِلَا هِدَايَةٍ، وَبِالتَّالِي يَقُولُونَ: التَّعَسُّفُ هُوَ السَّيْرُ بِلَا عِلْمٍ وَلَا أَثَرٍ، وَمِنْهُ: عَسْفُ الخَيْلِ، بِمَعْنَى: قَسْرُ الخَيْلِ وَتَرْوِيضُهَا لِيَسْهُلَ قِيَادُهَا.

ثَانِيًا: تَعْرِيفُ التَّعَسُّفِ عِنْدَ الفُقَهَاءِ:

وَالفُقَهَاءُ المعاصرون الَّذِينَ تَكلَّمُوا عَنْ هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ حَاوَلُوا أَنْ يُعَرِّفُوا التَّعَسُّفَ بِاسْتِعْمَالِ الحَقِّ، وَقَدْ أَظْهَرُوا لَنَا عَدَدًا مِنَ التَّعْرِيفَاتِ؛ نَضْرِبُ لَهَا أَرْبَعَةَ أَمْثِلَةٍ:

المِثَالُ الأَوَّلُ: قَوْلُ بَعْضِهِمْ بِأَنَّهُ مُمَارَسَةُ فِعْلٍ مَشْرُوعِ الأَصْلِ عَلَى وَجْهٍ يُلْحِقُ الضَّرَرَ، أَوْ يُخَالِفُ الحِكْمَةَ[١].

التَّعْرِيفُ الثَّانِي: أَنَّهُ اسْتِعْمَالُ الإِنْسَانِ حَقَّهُ عَلَى وَجْهٍ يُضِرُّ بِهِ أَوْ بِغَيْرِهِ[٢].

«أو استعمال حق يؤدي إلى مفسدة أعظم»[٣].

وَالثَّالِثُ: أَنَّ التَّعَسُّفَ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ هُوَ الِاسْتِعْمَالُ عَلَى وَجْهٍ غَيْرِ مَشْرُوعٍ[٤].

التَّعْرِيفُ الرَّابِعُ: أَنَّ التَّعَسُّفَ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ هُوَ «مُنَاقَضَةُ قَصْدِ الشَّارِعِ فِي تَصَرُّفَاتٍ مَأْذُونٍ بِهَا شَرْعًا بِحَسَبِ الأَصْلِ»[٥].

ثَالِثًا: تَعْرِيفُ التَّعَسُّفِ عِنْدَ القَانُونِيِّينَ:

وَأَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِلْقَانُونِيِّينَ فَإِنَّهُمْ فِي أَوَائِلِ عَهْدِهِمْ لَمْ يَكُونُوا يَلْتَفِتُونَ إِلَى هَذَا المَعْنَى -التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ-؛ وَذَلِك لِأَمْرَيْنِ:

---

(١) ينظر: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده لفتحي الدريني (ص:٢٦).

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته لوهبة الزحيلي (ص:٤/٢٨٦٤).

(٣) فقه الإجراءات والمرافعات ص٣١.

(٤) انظر: شوائب التفسير في القرن الرابع عشر لعبدالرحيم أبو علبة ١٤/٢.

(٥) نظرية التعسف في استعمال الحق لفتحي الدريني (ص:٨٧).

الأَمْرُ الأَوَّلُ: أَنَّ اسْمَ التَّعَسُّفِ فِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى القَصْدِ، وَالقَانُونُ لَا يَلْتَفِتُ إِلَى النِّيَّاتِ وَالمَقَاصِدِ، وَإِنَّمَا يحكم عَلَى الأُمُورِ الظَّاهِرَةِ؛ وَمِنْ ثَمَّ لَمْ يَكونُوا يَهْتَمُّونَ بِهَذِهِ النَّظَرِيَّةِ.

الأَمْرُ الثَّانِي: أَنَّ القَانُونِيِّينَ كانُوا يَنْقَسِمُونَ إِلَى قِسْمَيْنِ(١):

القِسْمُ الأَوَّلُ: المَذْهَبُ الفَرْدِيُّ الَّذِي يَلْتَفِتُ إِلَى الفَرْدِ وَلَا يَنْظُرُ إِلَى الجَمَاعَةِ، فَهَؤُلَاءِ كانُوا يَرْفُضُونَ إِنْكارَ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ، وَيَرْفُضُونَ هَذِهِ القَاعِدَةَ، وَيَقُولُونَ: بِأَنَّ مَنِ اسْتَعْمَلَ حَقَّهُ فَمَا ظَلَمَ.

والقِسْمُ الثَّانِي: المَنْهَجُ الِاجْتِمَاعِيُّ أَوِ الِاشْتِرَاكِيُّ، الَّذِي لَا يُقِيمُ وَزْنًا لِلْأَفْرَادِ، وَبِالتَّالِي لَا يَجْعَلُونَ مِنْ حَقِّ الفَرْدِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مُمْتَلَكاتِهِ، فَضْلًا عَنْ أَنْ يَتَعَسَّفَ فِيهَا.

وَلَكنْ فِي القَرْنَيْنِ السَّابِقَيْنِ بَدَأَ تَعْدِيلُ المَذْهَبَيْنِ؛ وَذَلِك لِلْإِحْسَاسِ بِأَنَّ كلًّا مِنَ المَذْهَبَيْنِ بِإِنْكارِهِ لِهَذَا المَعْنَى -مَعْنَى التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ- جَاوَزَ العَدَالَةَ وَابْتَعَدَ عَنْهَا، وَمِنْ هُنَا نَشَأَتْ هَذِهِ النَّظَرِيَّةُ عِنْدَهُمْ(٢).

أدلة المنع من التعسف في استعمال الحق(٣):

وَالنَّاظِرُ فِي النُّصُوصِ الشرعية يَجِدُ أَنَّ مَعْنَى القَاعِدَةِ كانَ مِنَ الأُمُورِ المُعْتَنَى بِهَا فِي الأَدِلَّةِ الشرعية، وَنَضْرِبُ لِذَلِك عَدَدًا مِنَ الأَمْثِلَةِ:

---

(١) انظر: "نظرية التعسف في الحق" لفتحي الدريني ص٢٩٧، ٣٠٨، ٣٠٩، تفسير الشعرواي ٧٣٩٧/١٢.

(٢) انظر: المدخل للعلوم القانونية للدكتور توفيق حسن فرج ص٨٤٦، مبدأ التعسف في استعمال الحق للدكتور سعيد سالم جويلي ص١٤ و٤٥، المدخل الفقهي العام ٣٠٧/١، تفسير الشعراوي ٧٣٩٧/١٣، الفوائد من حديث مثل القائم ص٦٨.

تنسب النظرية لقانوني فرنسي اسمه "بلانيول"، انظر: مجلة مجمع الفقه ٧٠٢٢/٢.

(٣) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته لوهبة الزحيلي ٢٨٥٦/٤-٢٨٧٣، صفوة التفاسير ١٧٩/١.

قَالَ اللهُ تَعَالَى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ﴾(١). فَمَنَعَ الأَزْوَاجَ مِنَ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ حَقِّ الرَّجْعَةِ الَّذِي يُقْصَدُ بِهِ: الإِضْرَارُ بِالزَّوْجَةِ.

مِثَالٌ آخَرُ: قَوْلُهُ جَلَّ وَعَلَا: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا﴾. أَيْ: طَلَّقَهَا الزَّوْجُ الآخَرُ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ﴾(٢). أَيْ إِذَا طَلَّقَ الإِنْسَانُ زَوْجَتَهُ ثَلَاثًا، ثُمَّ تَزَوَّجَتْ بِزَوْجٍ آخَرَ، فَطَلَّقَهَا الزَّوْجُ الآخَرُ، جَازَ لِلزَّوْجِ الأَوَّلِ أَنْ يَعْقِدَ عَلَيْهَا بِرِضَاهَا، بِشَرْطِ أَلَّا يَكُونَ هُنَاكَ قَصْدٌ سَيِّءٌ، قَالَ تَعَالَى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ﴾.

وَمِثْلُ هَذَا: قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓاْ إِصْلَٰحًا﴾(٣). فَأَجَازَ لِلزَّوْجِ المُطَلِّقِ طَلْقَةً أَوْ طَلْقَتَيْنِ أَنْ يُرَاجِعَ زَوْجَتَهُ مَا دَامَا فِي العِدَّةِ، وَشَرَطَ لِذَلِكَ أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يُرِيدُ الإِصْلَاحَ، مِمَّا يُفِيدُ المَنْعَ مِنَ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ.

وَمِثْلُهُ: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾(٤).

وَمِثْلُهُ أَيْضًا: قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٞ وَلَا شَهِيدٞۚ وَإِن تَفْعَلُواْ فَإِنَّهُۥ فُسُوقُۢ بِكُمْ﴾.

وَمِثْلُهُ: قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ فِي المَدِينِ: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٖ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٖ﴾(٥). فَمَنَعَ الدَّائِنِينَ مِنَ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ بِمُطَالَبَةِ المَدِينِ بِالسَّدَادِ إِذَا كَانَ عَاجِزًا عَنْهُ وَكَانَ مُعْسِرًا.

---

(١) سورة البقرة، الآية [٢٣١].

(٢) سورة البقرة، الآية [٢٣٠].

(٣) سورة البقرة، الآية [٢٢٨].

(٤) سورة البقرة، الآية [٢٣٣].

(٥) سورة البقرة، الآية [٢٨٠].

وَمِثْلُهُ: قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ فِي المَوَارِيثِ: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ﴾(١).

وَمِنْ أَمْثِلَتِهِ فِي السُّنَّةِ: قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: (**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**).

وَمِنْ ذَلِك أَيْضًا: (نَهْيُ النَّبِيِّ ﷺ أَنْ يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ)(٢)، فَإِنَّ الأَصْلَ أَنَّ الوَكَالَةَ فِي البَيْعِ مِنَ الأُمُورِ الجَائِزَةِ، وَلَكِنْ لَمَّا كانَ هَذَا الفِعْلُ الَّذِي ظَاهِرُهُ الجَوَازُ صُورَةً مِنْ صُوَرِ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ؛ مَنَعَ مِنْهُ الشَّارِعُ.

وَمِثْلُ ذَلِك أَيْضًا: نِكاحُ التَّحْلِيلِ؛ فَإِنَّ الأَصْلَ أَنَّ الرَّجُلَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ مَتَى وُجِدَتِ الشروط وَالأَرْكانُ وَانْتَفَتِ المَوَانِعُ، لَكِنْ إِذَا قَصَدَ بِذَلِك الزَّوَاجِ مُخَالَفَةَ مَقْصُودِ الشَّارِعِ بِتَحْلِيلِ المَرْأَةِ لِزَوْجِهَا الأَوَّلِ، مُنِعَ مِنْهُ، وَقَدْ لَعَنَ النَّبِيُّ ﷺ المُحَلِّلَ وَالمُحَلَّلَ لَهُ(٣)، وَجَعَلَهُ تَيْسًا مُسْتَعَارًا(٤).

وَمِنْ صُوَرِ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ: الحِيَلُ الرِّبَوِيَّةُ؛ وَمِنْهَا بَيْعُ العِينَةِ، يَقُولُ لَهُ: أَشْتَرِي مِنْك هَذَا القَلَمَ بِمِلْيُونَ رِيَالٍ مُؤَجَّلَةٍ، ثُمَّ يَبِيعُه القَلَمَ بِثَمَانِمِائَةٍ حَالَّةٍ فِي قَلَمٍ قِيمَتُهُ المُعْتَادَةُ رِيَالَانِ، فَهَذَا تَعَسُّفٌ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ.

وَمِثْلُهُ أَيْضًا: مَا جَاءَتْ بِهِ الشريعة مِنْ مَنْعِ الِاحْتِكارِ؛ بِحَبْسِ السِّلَعِ الَّتِي يَحْتَاجُ إِلَيْهَا النَّاسُ مِنْ أَجْلِ أَنْ تَرْتَفِعَ أَثْمَانُهَا، فَإِنَّ الأَصْلَ جَوَازُ تَصَرُّفِ الإِنْسَانِ بِمَالِهِ بِمَا شَاءَ قَبْضًا أَوْ بَيْعًا، لَكِنْ إِذَا احْتَاجَ النَّاسُ إِلَى الطَّعَامِ، لَمْ يجز احْتِكارُهُ؛ وَمِنْ هُنَا قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: (**لَا يحتكرُ إِلَّا خَاطِئٌ**)(٥).

---

(١) سورة النساء، الآية [١٢].

(٢) أخرجه البخاري (٢٠٥٠)، ومسلم (١٥٢١).

(٣) أخرجه أحمد ١/٨٧، وأبوداود (٢٠٧٦)، والترمذي (١١١٩)، وابن ماجه (١٩٣٥)، والنسائي ٣/٣٢٥.

(٤) أخرجه ابن ماجه (١٩٣٦)، والحاكم ٢/٢١٧، والطبراني ١٧/٨٢٥، والبيهقي ٧/٢٠٨.

(٥) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة- باب تحريم الاحتكار في الأقوات (١٦٠٥).

وَمِثْلُ ذَلِك: التَّسْعِيرُ عِنْدَ مَنْ يَقُولُ بِهِ(١).

من صور التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ(٢):

أَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِصُوَرِ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ فَهِيَ كَثِيْرَةٌ مُتَعَدِّدَةٌ، وَمَا وَرَدَ بِهَذِهِ الأَحَادِيْثِ وَالآيَاتِ نَمَاذِجُ، لَكِنْ نُرِيدُ أَنْ نَعْرِفَ الضَّابِطَ فِي هَذَا البَابِ؛ بِحَيْثُ نَقُولُ: مَتَى يُعَدُّ اسْتِعْمَالُ الحَقِّ تَعَسُّفًا؟ فَهَذَا لَهُ صُوَرٌ مُتَعَدِّدَةٌ، منها:

الصُّورَةُ الأُولَى: تَرَتُّبُ الضَّرَرِ؛ فَإِذَا كانَ اسْتِعْمَالُ الحَقِّ سَيَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ إِلْحَاقُ الضَّرَرِ بِالآخَرِينَ، فَإِنَّهُ يُعَدُّ تَعَسُّفًا.

وَمِنْ أَمْثِلَةِ ذَلِك: مَا إِذَا كانَ مُرُورُ الإِنْسَانِ فِي الطَّرِيقِ بِسُرْعَةٍ مُنْخَفِضَةٍ يُؤَدِّي إِلَى إِغْلَاقِ الطَّرِيقِ عَلَى النَّاسِ، مُنِعَ مِنْ هَذَا التَّصَرُّفِ، مَعَ أَنَّهُ فِي الأَصْلِ يَحِقُّ لَهُ مِثْلُ هَذَا الفِعْلِ.

الصُّورَةُ الثَّانِيَةُ: أَنْ يَتَرَتَّبَ عَلَى اسْتِعْمَالِ الإِنْسَانِ لِحَقِّهِ مَصَالِحُ غَيْرُ مشروعة، مثل الزواج من أجل التحليل، وبيع العينة، فَحِينَئِذٍ يُقَالُ: هَذَا تَعَسُّفٌ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ.

الصُّورَةُ الثَّالِثَةُ: الِاسْتِعْمَالُ غَيْرُ المُعْتَادِ فِي مِلْك الغَيْرِ. مِثَالُ هَذَا: اسْتَأْجَرْتُ لَك سَيَّارَةً مِنْ مَحَالِّ تَأْجِيرِ السَّيَّارَاتِ، فَمِنْ حَقِّك أَنْ تَسْتَعْمِلَ السَّيَّارَةَ، لَكِنْ إِذَا اسْتَعْمَلْتَهَا بِاسْتِعْمَالٍ غَيْرِ مُعْتَادٍ -كَمَا لَوْ كُنْتَ تَجْعَلُ عَلَيْهَا أَحْمَالًا ثَقِيلَةً-، فَيُقَالُ: هَذَا تَعَسُّفٌ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ.

---

(١) تحفة الأحوذي ٤/٤٥٣، الاستذكار ٦/٤١٣، فتاوى ابن تيمية ٢٨/٩٥، الطرق الحكمية ١/٣٧٤، بدائع الصنائع ٥/١٢٩، الشرح الكبير للرافعي ٨/٢١٧، الكافي لابن قدامة ٢/٤١.

(٢) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته لوهبة الزحيلي (٤/٢٨٦٦-٢٨٧٣)، والأهلية ونظرية الحق للعجلان ص١٣٠، ومجلة مجمع الفقه ٢/١٠٤٤٠، المبادئ القضائية ص١٤.

الصُّورَةُ الرَّابِعَةُ: الِاسْتِعْمَالُ مَعَ الإِهْمَالِ أَوِ التَّقْصِيرِ؛ كَمَا لَوِ اسْتَأْجَرْتَ سَيَّارَةً وَكُنْتَ تُهْمِلُ فِي طَرِيقَةِ قِيَادَتِهَا، فَحِينَئِذٍ أَنْتَ متعَسِّفٌ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ.

الصُّورَةُ الخَامِسَةُ: مَنْعُ انْتِفَاعِ الآخَرِينَ بِمَا لَا يَتَضَرَّرُ بِهِ. مِثَالُ ذَلِك: إِذَا كُنْتَ تمنع مَنْ يَسْتَظِلُّ بِجِدَارِ بَيْتِك، مَعَ أَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَيْك فِي انْتِفَاعِهِ بِالظِّلِّ، فَنَقُولُ: هَذَا لَا يَحِقُّ لَك. فَإِذَا قُلْتَ: هَذَا مِلْكِي أَتَصَرَّفُ فِيهِ بِمَا أَشَاءُ. فنَقُولُ: هَذَا تَعَسُّفٌ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ.

وَمِنْ صُوَرِ هَذَا أَيْضًا: مَا وَرَدَ فِي الحَدِيثِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: (**لَا يَمْنَعَنَّ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَغْرِسَ خَشَبَهُ فِي جِدَارِهِ**)(١). قَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: (وَاللَّهِ لَأَرْمِيَنَّ بِهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ). فَعِنْدَمَا يَمْتَنِعُ الجَارُ وَيَقُولُ: هَذَا مِلْكِي، وَلَنْ أُمكنَ جَارِيَ مِنْ أَنْ يَضَعَ خَشَبَهُ عَلَى جِدَارِي. نَقُولُ: هَذَا تَعَسُّفٌ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ.

وَمِنْ هَذِهِ القَاعِدَةِ أَيْضًا: مَا وَرَدَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: (**مَنِ اسْتَطَاعَ مِنكمْ أَنْ يَنْفَعَ أَخَاهُ فَلْيَفْعَلْ**)(٢)، فَمَنْ كانَ قَادِرًا عَلَى نَفعِ إِخْوَانِهِ -بِمَا لَا يَعُودُ بِالضَّرَرِ عَلَيْهِ- تَعَيَّنَ عَلَيْهِ هَذَا، وَلَا يَصِحُّ لَهُ أَنْ يَقُولَ: هَذَا مِنْ حَقِّي، وَلِيَ التَّصَرُّفُ فِي حَقِّي بِمَا أَشَاءُ.

وَلْنَعْلَمْ أَنَّ التَّعَسُّفَ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ لَهُ جَانِبَانِ: جَانِبُ دِيَانَةٍ تكونُ بَيْنَ الإِنْسَانِ وَرَبِّهِ، وَهُنَاك جَانِبٌ قَضَائِيٌّ؛ وَذَلِك أَنَّ القَاضِيَ يَمْنَعُ مِنَ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ قَبْلَ إِقْدَامِ صَاحِبِ الحَقِّ عَلَى اسْتِعْمَالِ حَقِّهِ إِذَا كانَ الضَّرَرُ مُتَوَقَّعًا، أَوْ كانَ مُحْتَمَلًا احْتِمَالًا رَاجِحًا.

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب المظالم، باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره (٢٤٦٣)، ومسلم في كتاب المساقاة، باب غرز الخشب في جدار الجار (٤٢١٥).

(٢) أخرجه مسلم في كتاب السلام - باب استحباب الرقية من العين والنملة والحمة (٢١٩٩).

هُنَاك بَعْضُ المُصْطَلَحَاتِ الَّتِي نَحْتَاجُ إِلَى التَّفْرِيقِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ:

١) المَسْئُولِيَّةُ التَّقْصِيرِيَّةُ[١]:

المَسْئُولِيَّةُ التَّقْصِيرِيَّةُ أَوِ الفِعْلُ الضَّارُّ يراد بها: ما يجب عليك بسبب إضرارك بغيرك، فإنك عِنْدَمَا تَفْعَلُ فِعْلًا ضَارًّا يَتَعَلَّقُ بِهِ إِتْلَافُ أَمْوَالِ غَيْرِك، أو فَوَاتُ مَصَالِحِهِمْ، يُقَالُ عَنْ هَذَا: مَسْئُولِيَّةٌ تَقْصِيرِيَّةٌ وَفِعْلٌ ضَارٌّ[٢].

مَا الفَرْقُ بَيْنَ المَسْئُولِيَّةِ التَّقْصِيرِيَّةِ وَبَيْنَ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ ؟ هُنَاك فُرُوقَاتٌ مِنْ أَشْهَرِهَا فَرْقَانِ:

الفَرْقُ الأَوَّلُ: أَنَّ التَّعَسُّفَ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ يَنْطَلِقُ مِنْ تَصَرُّفَاتٍ مَشْرُوعَةٍ فِي الأَصْلِ، بِخِلَافِ الفِعْلِ الضَّارِّ فَإِنَّهُ غَيْرُ مَشْرُوعٍ.

وَالفَرْقُ الثَّانِي: أَنَّ الإِجْرَاءَ المُتَعَلِّقَ بِالتَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ إِجْرَاءٌ سَابِقٌ لِلْفِعْلِ، فَنَمْنَعُ الإِنْسَانَ مِنَ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ قَبْلَ أَنْ يَفْعَلَ، وَقَبْلَ أَنْ يَكُونَ هُنَاك تَعَسُّفٌ. بِخِلَافِ المَسْئُولِيَّةِ التَّقْصِيرِيَّةِ؛ فَإِنَّ الإِجْرَاءَ القَضَائِيَّ مُتَعَلِّقٌ بِمَا بَعْدَ الفِعْلِ، إِذَا حَصَلَ إِتْلَافٌ وَجَبَ الضَّمَانُ، فَهَذَا حُكْمٌ قَضَائِيٌّ بَعْدَ الفِعْلِ.

٢) الفَرْقُ بَيْنَ التَّعَسُّفِ وَالتَّعَدِّي؟[٣]:

التَّعَدِّي هُوَ مُجَاوَزَةٌ فِي الاسْتِعْمَالِ لِحُدُودِ الحَقِّ الَّذِي يُخَوَّلُ بِهِ الإِنْسَانُ، بَيْنَمَا التَّعَسُّفُ هُوَ

---

(١) انظر: نظرية الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده لفتحي الدريني (ص:٢٨-٣١).

(٢) عرفه الزحيلي في الفقه الإسلامي وأدلته ٢٢/٩: بأنه «الخطأ الذي سبب ضرراً بالغير»، ويقابل المسؤولية التقصيرية المسؤولية التعاقدية كما سبق في نظرية الالتزام، وانظر: الفقه المنهجي للبغا ٨٢/٨.

(٣) انظر: نظرية التعسف في استعمال الحق لفتحي الدريني (ص:٦٤، ٦٥).

تَصَرُّفَاتٌ دَاخِلَةٌ فِي حُدُودِ المَأْذُونِ بِهِ، لَكنَّهَا مُؤَدِّيَةٌ لِمُخَالَفَةِ مَقْصُودِ الشَّارِعِ، تُخَالِفُ المَصْلَحَةَ الشرعية.

٣) الفَرقُ بَيْنَ التَّحَايُلِ وَبَيْنَ التَّعَسُّفِ فِي استِعْمَالِ الحَقِّ[١]:

التَّحَايُلُ صُورَةٌ مِنْ صُوَرِ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ، مِثَالُ ذَلِك: نَقُولُ: أَدِّ زَكاةَ مَالِك. قَالَ: مَالِي وَهَبْتُهُ قَبْلَ مُرُورِ الحَوْلِ بِأُسْبُوعٍ لِابْنِي. فَانْقَطَعَ الحَوْلُ، ثُمَّ أَعادَهُ إِلَيَّ، وَمِنْ ثَمَّ لَمْ تَجِبْ عَلَيَّ الزَّكاةُ. فَهَذَا تَحَايُلٌ لَا يَنْطَلِي عَلَى رَبِّ العِزَّةِ وَالجَلَالِ، وَهُوَ فِي نَفْسِ الوَقْتِ تَعَسُّفٌ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ؛ لِأَنَّهُ اسْتِعْمَالٌ مِنْ قِبَلِ الإِنْسَانِ لِحُقُوقِهِ بِمَا ظَاهِرُهُ الصِّحَّةُ وَالجَوَازُ، فَهُوَ مُمَارَسَةٌ لِفِعْلٍ مَشْرُوعٍ بِالأَصْلِ، لَكنَّهُ يُخَالِفُ مَقْصُودَ الشَّارِعِ.

١- فالفرق بين التعسف والتعدي: أن التعدي مجاوزة الحد المشروع، أما التعسف فاستعمال للحق بما يؤدي إلى مناقضة مقصود الشارع.

٢- والفرق بين التعسف والإضرار: أن الإضرار إلحاق الضرر بالآخرين، وقد يكون بفعل أصله محرم، كما يكون بفعل أصله مباح فيكون من أنواع التعسف، ولا يلزم من التعسف في استعمال الحق أن يكون إضراراً كما في نكاح التحليل.

٣- والفرق بين التعسف والتحايل: أن التحايل استعمال فعل ظاهره الإباحة للوصول إلى نتيجة الفعل المحرم، فهو تهرب عن حكم الله تعالى، أما التعسف فاستعمال الإنسان لحق له على وجه يناقض مقاصد الشرع.

ويُلَاحَظُ هُنَا: أَنَّ الحُكمَ عَلَى الفِعْلِ بِأَنَّهُ تَعَسُّفٌ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ لَا يَخْلُو مِنْ مُلَاحَظَةِ النِّيَّاتِ وَالمَقَاصِدِ بِحَسَبِ الظَّاهِرِ، وَمِثْلُ هَذَا يخالف النَّظْرَةَ القَانُونِيَّةَ كما تَقَدَّمَ.

---

(١) انظر: نظرية التعسف في استعمال الحق لفتحي الدريني (ص:٢٠٢-٢٠٤).

كما أننا لا بدَّ أن نعرف أنَّ مجالات تطبيق هذه القاعدة تظهر بجلاء في جانبين:

الجانب الأول: القصد المناقض لقصد الشارع، وهو الذي تكلمنا عنه بأنه حكم على النيات؛ لأنَّ هذا المتصرف يريد الإضرار بالآخرين.

والجانب الثاني: النظر في النتيجة السلبية المترتبة على استعمال الحق، فنقول: استعمالك للحق على هذا الوجه يؤدي إلى النتيجة الفلانية، وهي مناقضة لمقصود الشارع.

الحقوق التي تدخلها هذه القاعدة:

تدخل في جميع الحقوق بأنواعها السابقة وتقسيماتها التي أخذناها فيما مضى؛ سواءً كانت حقوقًا ماليةً، أو كانت حقوقًا معنويةً، ويدخل في هذا: التعسف في استعمال الحق في الحقوق المدنية، والحقوق الدينية، وكذلك الحقوق الأدبية، وحقوق الولاية العامة، وهكذا أيضًا تدخل في الحقوق المحدودة، وغير المحدودة، وأيضًا تدخل في الحقوق التي تثبت قضاءً، والحقوق التي تثبت ديانةً؛ فيدخل في حقوق الطفل، وحقوق الإنسان، وحقوق المرأة، وغيرها.

الآثار المترتبة على التعسف:

إذا حكمنا على فعل من الأفعال بأنه تعسف في استعمال الحق فماذا يترتب على ذلك؟

يترتب عليه خمسة أمور[1]:

الأمر الأول: الإثم، ويسمى الجزاء الأخروي[2]، فإنَّ من تعسف في استعمال الحق فإنه يلحقه إثم بسبب تعسفه في استعمال الحق، ومن أمثلة ذلك: تعسف الوالدة في حق الحضانة على الابن؛ بحيث تقول: من حقي السفر بالأولاد، فتسافر، أو تمتنع من السفر من أجل المضارة بالزوج، فيلحقها إثم بسبب هذا.

---

(١) انظر: نظرية التعسف في الحق ص٢٨٨ -٢٩١، تبيين الحقائق ٥/٨٩، مجمع الضمانات ٢/٧٨، الذخيرة ٩/٣٦، وانظر: أبواب الغصب عند الفقهاء.

(٢) سبل السلام ٥/٣٨٠، الموافقات ٣/٤٨.

الأَمْرُ الثَّانِي: أَنَّهُ يشرع إِزَالَةُ الضَّرَرِ المُتَرَتِّبِ عَلَى التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ، كَمَا يُشْرَعُ جَلْبُ المَصْلَحَةِ المُفَوَّتَةِ عِنْدَ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ.

الأَمْرُ الثَّالِثُ: إِيجَابُ الضَّمَانِ؛ فَإِنَّهُ عِنْدَ تَعَسُّفِ الإِنْسَانِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ بِحَيْثُ يُفَوِّتُ مَصَالِحَ لِغَيْرِهِ، أَوْ يُلْحِقُ الضَّرَرَ بِغَيْرِهِ، فَإِنَّنَا نُوجِبُ التَّعْوِيضَ عَلَى ذَلِك المُتَعَسِّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ، وَهَذَا يُسَمَّى: الجَزَاءُ التَّعْوِيضِيُّ.

الأَمْرُ الرَّابِعُ: أَنْ نُبْطِلَ التَّصَرُّفَاتِ الَّتِي اسْتُعْمِلَتْ عَلَى جِهَةِ المُضَارَّةِ وَعَلَى جِهَةِ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ، وَهَذَا يُسَمُّونَهُ: الجَزَاءَ العَيْنِيَّ، فَإِذَا بَاعَ مِنْ أَجْلِ إِلْحَاقِ الضَّرَرِ أَبْطَلْنَا مِثْلَ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ.

الأَمْرُ الخَامِسُ: تَقْرِيرُ عُقُوبَةِ التَّعْزِيرِ عَلَى المُتَعَسِّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ، وَهَذَا يُسَمُّونَهُ الجَزَاءَ العِقَابِيَّ. وَمِنْ أَمْثِلَتِهِ مَثَلًا: مَا وَرَدَ فِي حَدِيثِ سَمُرَةَ ابْنِ جُنْدُبٍ: (أَنَّهُ كانَ لَهُ نَخْلَةٌ فِي حَدِيقَةٍ لِرَجُلٍ مِنَ الأَنْصَارِ مَعَهُ أَهْلُهُ، فَكانَ يَدْخُلُ لِنَخْلَتِهِ مِنْ أَجْلِ رِعَايَتِهَا، فَيَتَأَذَّى مِنْهُ الأَنْصَارِيُّ صَاحِبُ الحَائِطِ، فَاشْتَكى لِلنَّبِيِّ ﷺ، فَطَلَبَ مِنْهُ أَنْ يَبِيعَهَا فَأَبَى، وَطَلَبَ مِنْهُ أَنْ يُنَاقِلَهُ بِنَخْلَةٍ أُخْرَى فِي طَرَفِ الحَائِطِ وَالبُسْتَانِ فَأَبَى، فَعَرَضَ عَلَيْهِ عَدَدًا مِنَ الأُمُورِ فَأَبَى، فَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ الأَنْصَارِيَّ أَنْ يَقْلَعَ نَخْلَةَ سَمُرَةَ مِنْ أَجْلِ أَنْ يُزِيلَ هَذَا التَّعَسُّفَ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ). كَمَا وَرَدَ ذَلِك فِي «سُنَنِ أَبِي دَاوُدَ»[1].

وَمِثْلُهُ أَيْضًا مَا وَرَدَ فِي حَدِيثِ مُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ: أَنَّ شَخْصًا احْتَاجَ إِلَى إِمْرَارِ المَاءِ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ، فَامْتَنَعَ صَاحِبُ الأَرْضِ، فَأَلْزَمَهُ عُمَرُ بِذَلِك، وَقَالَ: (لَيَمُرَّنَّ وَلَوْ عَلَى

---

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الأقضية- باب من القَضَاء (٣٦٣٦)، وضعفه الألباني في «ضعيف أبي داود»، وقال: «ضعيف».

بَطْنِك)(١)؛ لِأَنَّ هَذَا تَعَسَّفَ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ.

بعض المؤلفات في هذه النظرية:

هَذِهِ النظرية قَدْ كتَبَ فِيهَا عَدَدٌ مِنَ المُؤَلِّفِينَ وَالكتَّابِ المُعَاصِرِينَ، وَأَوْلَوْهَا عِنَايَةً خَاصَّةً، وَنَعْرِضُ لِذَلِك عَدَدًا مِنَ النَّمَاذِجِ:

فمن ذلك: كتَابُ «نَظَرِيَّةِ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ» لِلدُّكتُورِ فَتْحِي الدُّرَينِيِّ، وَهِيَ رِسَالَتُهُ فِي الدُّكتُورَاه فِي الأَزْهَرِ.

وَهَكذَا أَيْضًا كتَبَ باحث اسْمُهُ سَعِيدُ أَمْجَد الزَّهَاوِيُّ رِسَالَةً فِي هَذَا، وَلَمْ أَطَّلِعْ عَلَيْهَا.

أَيْضًا مِنْ نَمَاذِجِ الكتَابَاتِ فِي هَذِهِ القَاعِدَةِ: مَا كتَبَهُ الدُّكتُورُ أحمد النجدي فِي كتَابِهِ «التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ».

وَمِنْ نَمَاذِجِ الكتَابَاتِ فِي هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ: كتَابُ «نَظَرِيَّةِ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ عِنْدَ الإِمَامِ الشَّاطِبِيِّ» كتبه الدُّكتُورُ بَدْرُ الدِّينِ العَمَارِيُّ.

أَيْضًا مِنَ المُؤَلَّفَاتِ الَّتِي كتِبَتْ فِي هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ: كتَابُ «نَظَرِيَّةِ العَقْدِ وَالتَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ مِنْ وِجْهَةِ الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ» وَهِيَ مِنْ تَأْلِيفِ: مُحَمَّد أَحْمَد سِرَاج.

أَيْضًا كتَبَ الدُّكتُورُ مُصْطَفَى الزَّرْقَا بَحْثًا بِعُنْوَانِ: «صِيَاغَةٌ قَانُونِيَّةٌ لِنَظَرِيَّةِ التَّعَسُّفِ بِاسْتِعْمَالِ الحَقِّ فِي قَانُونٍ إِسْلَامِيٍّ».

وَقَدْ كتَبَ أَيْضًا: مَجِيد مَحْمُود أَبُو حُجَيْرٍ كتَابًا بِعُنْوَانِ «نَظَرِيَّةُ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ وَنَظَرِيَّةُ الظُّرُوفِ الطَّارِئَةِ».

وكتب أيضاً الدكتور محمد رأفت عثمان كتاباً بعنون «التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة والقانون».

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ ٧٤٦/٢، والشافعي ٢٢٤/١، والبيهقي ١٥٧/٦.

وكذلك الأستاذ أحمد الصويلعي شليبك بعنوان «التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة».

و«تعسف الزوج في استخدام حق القوامة»، للأستاذة إيمان شنب، و«التعسف في استعمال حق المؤلف المعنوي من قبل الورثة»، لكل من محمد الشمري وأيمن مساعدة.

و«مبدأ التعسف في استعمال الحق في القانون الدولي العام للدكتور سعيد سالم جويلي».

وَكانَ مِنْ أَوَائِلِ مَنْ كتَبَ فِي هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ: الشَّيْخُ مُحَمَّد أَبُو زَهْرَةَ؛ حَيْثُ كتَبَ بَحْثًا قَدَّمَهُ لمؤتمر فِقْهِيٍّ عُقِدَ بِدِمَشْقَ عَنْ هَذَا المَوْضُوعِ.

هَذَا المَوْضُوعُ -مَوْضُوعُ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ، كما تَقَدَّمَ- هُوَ مَوْضُوعٌ فِقْهِيٌّ قَبْلَ أَنْ يَكونَ مَوْضُوعًا قَانُونِيًّا؛ وَلِذَلِك فَإِنَّ كثِيرًا مِنَ البَاحِثِينَ يَرَى أَنَّ القَانُونَ فِي الأَسَاسِ لَا يَتَوَافَقُ مَعَ هَذِهِ القَاعِدَةِ، لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ كوْنِ هَذِهِ القاعِدَةِ مَبْنِيَّةً عَلَى مُلَاحَظَةِ المَقَاصِدِ وَالنِّيَّاتِ، وَلِأَنَّ القَانُونِيِّينَ إِمَّا أَنْ يَسِيرُوا عَلَى المَنْهَجِ الفَرْدِيِّ، وَبِالتَّالِي فَهُمْ يَقُولُونَ: مَنِ اسْتَعْمَلَ حَقَّهُ فَما ظَلَمَ. أَوْ يَسِيرُوا عَلَى المَذْهَبِ الِاشْتِرَاكِيِّ، فَلَا يُقِيمُونَ لِحُقُوقِ الأَفْرَادِ وَزْنًا.

وَمِنْ هُنَا فَإِنَّ هَذِهِ القَاعِدَةَ مُنْبَثِقَةٌ مِنْ أَحْكامٍ شَرْعِيَّةٍ وَنَظَرَاتٍ فِقْهِيَّةٍ، ولذا نجد كثِيرًا مِنَ البَاحِثِينَ يَقُولُ: بِأَنَّ مَنْ كتَبَ مِنَ القَانُونِيِّينَ مُؤَيِّدًا لِهَذِهِ القَاعِدَةِ -قَاعِدَةِ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ- فَإِنَّهُ إِنَّمَا أَخَذَهَا مِنْ كتَابَاتِ الفُقَهَاءِ.

قَاعِدَةُ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ مَوْضُوعٌ مُهِمٌّ، وَمَوْضُوعٌ وَاسِعٌ؛ انْطِلَاقًا مِنْ أَهَمِّيَةِ هَذَا المَوْضُوعِ لِوُجُودِ حَاجَةٍ شَدِيدَةٍ لَهُ، وَلِوُجُودِ مُمَارَسَاتٍ خَاطِئَةٍ مِنْ أَصْحَابِ الحُقُوقِ فِي اسْتِعْمَالِ مَا لَهُمْ مِنْ حُقُوقٍ، وَلِكوْنِ هَذِهِ القَاعِدَةِ لَهَا تَفْرِيعَاتٌ وَتَقْسِيماتٌ عَدِيدَةٌ، وَيَنْدَرِجُ تَحْتَهَا جُزْئِيَّاتٌ كثِيرَةٌ، كلُّ هَذِهِ الأُمُورِ تَجْعَلُنَا نَضَعُ مَوْضُوعَ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ نظرية مُسْتَقِلَّة.

وهُنَاك مِنَ الكتَّابِ مَنْ يَرَى أَنَّهُ يَنْبَغِي الِاقْتِصَارُ بِذِكرِ القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ الَّتِي يَذْكُرُهَا عُلَمَاءُ الشريعة عَنْ جَعْلِ هَذَا المَوْضُوعِ نَظَرِيَّةً مُسْتَقِلَّةً، وَنَقُولُ: القَوَاعِدُ الفِقْهِيَّةُ عِلْمٌ مُسْتَقِلٌّ، وَلَهُ تَفْصِيلَاتُهُ وَجُزْئِيَّاتُهُ، وَنَحْنُ نَبْحَثُ هُنَا مَا يَتَعَلَّقُ بِهَذَا المَوْضُوعِ مِنْ جِهَةِ جَعْلِهِ نَظَرِيَّةً يَسِيرُ عَلَيْهَا القَضَاءُ، وَيُرَتِّبُ عَلَيْهَا أَحكامًا وَجُزْئِيَّاتٍ مُخْتَلِفَةً.

صِلَةُ هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ -نَظَرِيَّةِ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ- بِالقَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ الأُخْرَى[1]:

نَظَرِيَّةُ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ لَهَا ارْتِبَاطٌ بِالعَدِيدِ مِنَ القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ.

وَمِنْ أَمْثِلَةِ ذَلِك:

١- **قَاعِدَةُ (الأُمُورِ بِمَقَاصِدِهَا)**؛ فَإِنَّ مَقَاصِدَ المُكَلَّفِينَ مُعْتَبَرَةٌ، وَبِهَذَا جَعَلْنَا القَصْدَ السَّيِّءَ -بِأَنْ يَقْصِدَ المَرْءُ مُنَاقَضَةَ مَقْصُودِ الشَّارِعِ- سَبَبًا مِنْ أَسْبَابِ بِنَاءِ الأَحْكَامِ الشرعية المُنْطَلِقَةِ مِنَ الحُكمِ عَلَى التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ.

٢- **قَاعِدَةُ (الضَّرَرُ يُزَالُ)**؛ فَإِنَّهَا مِنْ قَوَاعِدِ الفِقْهِ الأَصِيلَةِ الَّتِي يُبْنَى عَلَيْهَا أَحْكَامُ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ؛ فَإِنَّ التَّعَسُّفَ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ يُخَوِّلُ صَاحِبَ الوِلَايَةِ مِنْ إِبْطَالِ التَّصَرُّفَاتِ الَّتِي يُرَادُ بِهَا: الإِضْرَارُ بِالآخَرِينَ.

٣- **قَاعِدَةُ (مَنْعِ الحِيَلِ)**؛ فَإِنَّ الشريعة قَدْ جَاءَتْ بِمَنْعِ التَّحَيُّلِ، وَهَذَا مَجَالٌ مِنْ مَجَالَاتِ تَطْبِيقِ أَحكامِ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ.

٤- **قَاعِدَةُ (سَدِّ الذَّرَائِعِ)**؛ فَإِنَّ الشريعة قَدْ جَاءَتْ بِالمَنْعِ مِنَ الوَسَائِلِ المُؤَدِّيَةِ إِلَى الفَسَادِ، وَمَتَى كانَ اسْتِعْمَالُ الحَقِّ مُؤَدِّيًا إِلَى مُنَاقَضَةِ مَقْصُودِ الشَّارِعِ؛ فَإِنَّ قَاعِدَةَ الشريعة تَأْتِي بِسَدِّ ذَلِك وَالمَنْعِ مِنْهُ.

---

(١) انظر: نظرية التعسف في استعمال الحق لفتحي الدريني (ص:١٨١ وما بعدها).

٥- **قَاعِـدَةُ (المُوَازَنَـةِ بَـيْنَ المَـصَالِحِ وَالمَفَاسِـدِ)**؛ فَإِنَّهَـا مِـنْ أَكـبَرِ مجَـالَاتِ تَطْبِيـقِ أَحْكَـامِ نَظَرِيَّـةِ التَّعَـسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَـقِّ، فَـإِنَّ الفِعْـلَ الَّـذِي يَفْعَلُـهُ صَـاحِبُ الحَـقِّ وَيُـؤَدِّي إِلَى مَفْـسَدَةٍ أَكـبَرَ مِـنَ المَـصْلَحَةِ المَرْجُـوَّةِ مِنْـهُ، فَإِنَّنَـا نَمْنَـعُ مِنْـهُ؛ أَخْـذًا مِـنْ قَاعِـدَةِ المُوَازَنَـةِ بَـيْنَ المَـصَالِحِ وَالمَفَاسِـدِ، ومنهـا قَاعِـدَةُ: «دَرْءُ المَفَاسِـدِ مُقَـدَّمٌ عَـلَى جَلْبِ المَصَالِحِ».

٦- **قَاعِدَةُ (النَّظَرِ فِي مَآلَاتِ الأَفْعَالِ)**؛ فَإِنَّ الحُكمَ عَلَى فِعْلٍ مِنَ الأَفْعَالِ لَا بُدَّ أَنْ يُلَاحَظَ فِيهِ مَا يَؤُولُ إِلَيْهِ ذَلِك الفِعْلُ.

فَهَذِهِ القَوَاعِدُ الفِقْهِيَّةُ السَّابِقَةُ بِمَثَابَةِ أُصُولٍ يَسْتَنِدُ إِلَيْهَا الفَقِيهُ وَالقَاضِي فِي تَطْبِيقَاتِ نَظَرِيَّةِ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ، وَلَا يَصِحُّ لَنَا أَنْ نَقُولَ: بِأَنَّهَا مُغْنِيَةٌ عَنْهُ؛ لِأَنَّهَا أُصُولٌ لَهُ، وَبِالتَّالِي لَا يَصِحُّ أَنْ يَقُولَ قَائِلٌ: نَكتَفِي بِهَذِهِ القواعد عَنْ تَقْرِيرِ الحُكمِ الشَّرْعِيِّ الوَارِدِ فِي التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ.

المُقَارَنَةُ بَيْنَ الدِّرَاسَاتِ الفِقْهِيَّةِ وَالقَانُونِيَّةِ المُتَعَلِّقَةِ بِهَذَا المَبْدَأِ -مَبْدَأِ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ-:

يُلَاحَظُ أَنَّ هَذَا المَبْدَأَ هُوَ فِي الأَسَاسِ مِمَّا يَنْدَرِجُ تَحْتَ قَاعِدَةِ الحَقِّ، وَلَكِنْ أُفْرِدَ مِنْ جِهَةِ أَهَمِّيَتِهِ، وَمِنْ جِهَةِ الآثَارِ المُتَرَتِّبَةِ عَلَيْهِ، وَمِنْ جِهَةِ كَثْرَةِ تَطْبِيقَاتِهِ؛ وَلِذَلِك فَإِنَّ أَكثَرَ القَانُونِيِّينَ يُدْرِجُونَ الكلَامَ فِي هَذَا المَبْدَأِ تَحْتَ نَظَرِيَّةِ الحَقِّ، وَفُقَهَاءُ الشريعة لَا يَجْعَلُونَهُ بَابًا مُسْتَقِلًّا، وَإِنَّمَا يَذْكُرُونَ فُرُوعَهُ وَتَطْبِيقَاتِهِ فِي الأَبْوَابِ الفِقْهِيَّةِ المُتَعَدِّدَةِ المُخْتَلِفَةِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا نَمَاذِجَ لِذَلِك مِنْ خِلَالِ النُّصُوصِ الشرعية الوَارِدَةِ فِي هَذَا البَابِ، وَمِنْ خِلَالِ التَّطْبِيقَاتِ الفِقْهِيَّةِ وَالقَوَاعِدِ الَّتِي لَهَا اتِّصَالٌ بِهَذَا المَبْدَأِ.

ومِنَ الفُرُوقَاتِ بَيْنَ الدِّرَاسَاتِ الفِقْهِيَّةِ وَالدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ المتَعَلِّقَةِ بهَذَا:

١- أَنَّنَا نَجِدُ أَنَّ الدِّرَاسَاتِ الفِقْهِيَّةَ ثَرِيَّةٌ بِالتَّطْبِيقَاتِ، بِخِلَافِ الدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ، فَإِنَّهَا دِرَاسَاتٌ تَنْظِيرِيَّةٌ فِي الغَالِبِ.

٢- وَالفَرْقُ الثَّانِي: أَنَّ هَذَا المَبْدَأَ المُرَتَّبَ عَلَى التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ مُتَقَرِّرٌ مَعَ الطَّرِيقَةِ الشرعية فِي مُلَاحَظَةِ المَآلَاتِ، وَمُلَاحَظَةِ المَقَاصِدِ وَالنِّيَّاتِ، لَكِنَّهَا لَا تَتَوَافَقُ مَعَ الطَّرِيقَةِ القَانُونِيَّةِ الَّتِي لَا تَلْتَفِتُ إِلَى ظَاهِرِ الأَفْعَالِ، وَلَا تَحْكُمُ عَلَى البَوَاطِنِ بِخَفَائِهَا، مِنْ هُنَا فَإِنَّ أَسَاسَ هَذِهِ القَاعِدَةِ لَا يَتَمَاشَى مَعَ الطَّرِيقَةِ القَانُونِيَّةِ.

٣- الجَانِبُ الثَّالِثُ مِنْ جَوَانِبِ التَّفْرِيْقِ بَيْنَ الدِّرَاسَاتِ الفِقْهِيَّةِ وَالدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ: أَنَّ الدِّرَاسَاتِ الفِقْهِيَّةَ المُتَعَلِّقَةَ بِهَذَا المَوْضُوعِ تَنْطَلِقُ مِنْ جَانِبٍ وِقَائِيٍّ قَبْلَ حُصُولِ الفِعْلِ، وَتَنْطَلِقُ مِنْ مُخَاطَبَةِ ضَمَائِرِ النَّاسِ قَبْلَ أَنْ يَكونَ هُنَاك إِلْزَامٌ قَضَائِيٌّ بِمُلَاحَظَةِ هَذَا المَبْدَأِ - مَبْدَأِ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ- بِخِلَافِ النَّظْرَةِ القَانُونِيَّةِ؛ فَهِيَ مُقْتَصِرَةٌ عَلَى الجَانِبِ القَضَائِيِّ.

مِنْ أَمْثِلَةِ ذَلِك: فِي بَابِ الشُّفْعَةِ؛ الأَصْلُ أَنَّهُ يَجُوزُ لِلْإِنْسَانِ أَنْ يَبِيعَ مِلْكهُ لِمَنْ يَشَاءُ، لَكِنْ إِذَا كانَ سَيَتَرَتَّبُ عَلَى ذَلِك إِضْرَارٌ بالشريك، فَحِينَئِذٍ نَقُولُ: يُشْرَعُ للشريك أَنْ يخبر شريكه بِأَنَّهُ سَيَبِيعُ مِلْكهُ. فَهَذَا جَانِبٌ مُتَعَلِّقٌ بِأَمْرِ الدِّيَانَةِ، ثُمَّ إِذَا بَاعَ الشريك نَصِيبَهُ، جَازَ لشريكه أَنْ يَشْفَعَ؛ بِحَيْثُ يَأْخُذُ الشِّقْصَ بِالثَّمَنِ الَّذِي اشْتُرِيَ بِهِ. فَإِنْ قَالَ: هَذَا مِلْكي وَلِيَ الحَقُّ بِالتَّصَرُّفِ فِيهِ. قِيْلَ: هَذَا تَعَسُّفٌ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ، وَبِالتَّالِي جاءَتِ الشريعة مبشروعية الشفْعَةِ فِيهِ.

فَالجَانِبُ الفِقْهِيُّ نَظَرَ الفُقَهَاءُ فِيهِ إِلَى جَانِبِ دِيَانَةٍ؛ يَتَقَرَّبُ الإِنْسَانُ إِلَى رَبِّهِ بِإِخْبَارِ شَرِيكهِ بِرَغْبَتِهِ فِي بَيْعِ شِقْصِهِ.

وَالجَانِبُ الثَّانِي: الجَانِبُ القَضَائِيُّ بِتَمْكِينِ الشريك مِنْ أَخْذِ نَصِيبِ شَرِيكِهِ الَّذِي بَاعَهُ بِوَاسِطَةِ الشُّفْعَةِ.

هَذَا شَيْءٌ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِهَذِهِ القَاعِدَةِ -قَاعِدَةِ التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ-.

*****

الفصل السادس

نظَرِيَّةُ العَقْدِ

تعريف العقد:

العَقْدُ في اللغة: خِلَافُ الحَلِّ، مَأْخُوذٌ مِنَ الفِعْلِ عَقَدَ، بِمَعْنَى: رَبَطَ وَشَدَّ، يُقَالُ: عَقَدَ الحَبْلَ بِمَعْنَى رَبَطَهُ وَشَدَّهُ(١).

وَأَمَّا عَنْ مَعْنَاهُ فِي اصْطِلَاحِ عُلَمَاءِ الشريعة: فَإِنَّ عُلَمَاءَ الشريعة لَهُمْ مَنْهَجَانِ فِي حَقِيقَةِ العَقْدِ:

المَنْهَجُ الأَوَّلُ: تَفْسِيرُ العَقْدِ بِأَنَّهُ: ارْتِبَاطُ إِيجَابٍ بِقَبُولٍ عَلَى وَجْهٍ مشروع، تكونُ لَهُ آثَارٌ فِي المَحَلِّ(٢).

وَالمَنْهَجُ الثَّانِي: أَنَّ العَقْدَ هُوَ الجَزْمُ بِتَصَرُّفٍ يَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ آثَارٌ فِي مَحَلِّ العَقْدِ. أَوْ بِصِيغَةٍ أُخْرَى: أَنَّهُ التَّصَرُّفَاتُ المُؤَثِّرَةُ عَلَى مَحَلٍّ مَا؛ سَوَاءٌ بِنَقْلِ المِلْكِيَّةِ، أَوِ الانْتِفَاعِ(٣).

وَالفَرْقُ بَيْنَ المَنْهَجَيْنِ: أَنَّ المَنْهَجَ الأَوَّلَ يجعل مِنْ أَرْكَانِ العَقْدِ وُجُودَ الإِيجَابِ وَالقَبُولِ، خِلَافُ المَنْهَجِ الثَّانِي؛ فَإِنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ ارْتِبَاطُ الإِيجَابِ بِالقَبُولِ لِتَكوِينِ العَقْدِ، وَلِذَا يَقُولُونَ: الوَقْفُ عَقْدٌ، مَعَ أَنَّهُ إِنَّمَا يَكونُ بواسطة صِيغَةِ الإِيجَابِ بِدُونِ أَنْ يَكونَ هُنَاك قَبُولٌ.

---

(١) لسان العرب (عقد) ٢/٢٩٦، القاموس المحيط ١/٣١٥.

(٢) المنثور للزركشي ٢/٣٩٧، المدخل في الفقه الإسلامي ص٤١٥، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ١/٢٩٠، معالم الاقتصاد الإسلامي لناصر الأحمد ص٣٦، قواعد التيسير لعبدالرحمن العبداللطيف ١/٣٤٢.

(٣) أحكام القرآن ٢/٢٩٤، نظرية العقد لابن تيمية ص١٨.

حَقِيقَةُ العَقْدِ عِنْدَ القَانُونِيِّينَ:

يعرف أهل القانون العقد بأنه: تَوَافُقُ إِرَادَتَيْنِ عَلَى إِحْدَاثِ أَثَرٍ قَانُونِيٍّ مُعَيَّنٍ؛ مِنْ إِنْشَاءِ الْتِزَامٍ، أَوْ نَقْلِهِ، أَوْ تَعْدِيلِهِ، أَوْ إِنْهَائِهِ[1]؛ فَالضَّمَانُ -مَثَلًا- إِنْشَاءُ الْتِزَامٍ، وَالبَيْعُ نَقْلٌ، وَالإِقَالَةُ إِنْهَاءٌ.

وَيُلَاحَظُ عَلَى هَذَا المَنْهَجِ، أَوْ عَلَى طَرِيقَةِ القَانُونِيِّينَ عَدَدٌ مِنَ المَلْحُوظَاتِ:

المَلْحُوظَةُ الأولى: مَا يَتَعَلَّقُ بِالعُقُودِ البَاطِلَةِ؛ فَإِنَّ العُقُودَ البَاطِلَةَ يَجْعَلُونَهَا عُقُودًا، وَمَعَ ذَلِك لَا تَتَرَتَّبُ عَلَيْهَا الآثَارُ؛ فَالعَقْدُ البَاطِلِ فِيهِ إِرَادَتَانِ مُتَوَافِقَتَانِ عَلَى إِحْدَاثِ أَثَرٍ قَانُونِيٍّ، لَكنَّهَا لَيْسَتْ عُقُودًا تَتَرَتَّبُ عَلَيْهَا آثَارُهَا.

مِثَالُ ذَلِك: العُقُودُ الَّتِي تَحْصُلُ بَيْنَ شَخْصٍ غَيْرِ مَالِك وَلَا مَأْذُونٍ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ -كَمَا لَو بِعْتَ سَيَّارَةَ زَيْدٍ بِدُونِ أَنْ يَأْذَنَ لَك- فَهَذَا فِيهِ تَوَافُقُ إِرَادَتِك مَعَ إِرَادَةِ المُشْتَرِي عَلَى إِحْدَاثِ أَثَرٍ، وَمَعَ ذَلِك لَا يُسَمَّى عَقْدًا تَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ آثَارُ العُقُودِ.

المَلْحُوظَةُ الثَّانِيَةُ: أَنَّهُمْ يُعَرِّفُونَ العَقْدَ بِأَنَّهُ تَوَافُقُ إِرَادَتَيْنِ، وَالإِرَادَةُ أَمْرٌ بَاطِنٌ خَفِيٌّ، وَالقَاعِدَةُ: أَنَّ الحُكمَ القَضَائِيَّ إِنَّمَا يَكونُ عَلَى الأَمْرِ الظَّاهِرِ دُونَ الأَمْرِ الخَفِيِّ. فَمَا يُوجَدُ مِنْ نِيَّاتٍ وَإِرَادَاتٍ لَا يَحْكمُ عَلَيْهَا القَضَاءُ، وَإِنَّمَا يحكم القضاء عَلَى الأَمْرِ الظَّاهِرِ، وَمِنْ هُنَا كانَ تَعْرِيفُ عُلَمَاءِ الشريعة لِرَبْطِ العُقُودِ بِالأُمُورِ الظَّاهِرَةِ كالإِيجَابِ أَوْلَى مِنْ كلَامِ القَانُونِيِّينَ.

المَلْحُوظَةُ الثَّالِثُ: أَنَّهُمْ يَقُولُونَ: العَقْدُ تَوَافُقُ إِرَادَتَيْنِ. وَتَوَافُقُ الإِرَادَتَيْنِ لَا يَحْصُلُ بِهِ العَقْدُ حَتَّى يُوجَدَ تَصَرُّفَاتٌ نَاتِجَةٌ مِنْ هَذِهِ الإِرَادَةِ؛ مِثَالُ ذَلِك: إِذَا كانَتْ عِنْدِي رَغْبَةٌ فِي بَيْعِ سَيَّارَتِي، وَعِنْدَكَ رَغْبَةٌ فِي شِرَائِهَا، فَهُنَا إِرَادَتَانِ مُتَوَافِقَتَانِ، وَمَعَ ذَلِك لَا يُعَدُّ عَقْدَ بَيْعٍ حَتَّى تُوجَدَ الصِّيغَةُ الَّتِي يَتَرَتَّبُ عَلَيْهَا نَقْلُ المِلْك.

---

(١) النظرية العامة للالتزام ١/٤٧، نظرية العقد للسنهوري ص٧٩، شرح المجلة ١/١١.

المَلْحُوظَةُ الرَّابِعَةُ: أَنَّهُمْ يَشْتَرِطُونَ فِي العُقُودِ تَوَافُقَ الإِرَادَتَيْنِ، وَفِي مَرَّاتٍ لَا يَكونُ العَاقِدُ مُرِيدًا لِلْعَقْدِ؛ كَمَا فِي العُقُودِ القَهْرِيَّةِ غَيْرِ الاخْتِيَارِيَّةِ.

مِثَالُ ذَلِك: فِي عَقْدِ الشُّفْعَةِ يَثْبُتُ للشريك الحَقُّ فِي امْتِلَاك الشِّقْصِ الَّذِي بَاعَهُ شَرِيكُهُ، مَعَ أَنَّهُ لَمْ تَتَوَافَقِ الإِرَادَتَانِ، فَقَدْ يكونُ المُشْتَرِي غَيْرَ رَاغِبٍ فِي هَذَا العَقْدِ.

وَمِثْلُهُ أَيْضًا: العُقُودُ الَّتِي يَكونُ فِيهَا إِكرَاهٌ بِحَقٍّ؛ مِثْلُ: بَيْعِ الرَّهْنِ لِسَدَادِ الدَّيْنِ، مَعَ أَنَّ المَالِك غَيْرُ رَاغِبٍ فِي البَيْعِ، وَمِثْلُ: نَزْعِ مِلْكيَّةِ العَقَارَاتِ الَّتِي تكونُ فِي الطَّرِيقِ مِنْ أَجْلِ المَصْلَحَةِ العَامَّةِ، فَإِنَّ هَذَا عَقْدٌ، وَإِنْ كانَ بَعْضُهُمْ يَجْعَلُهُ مِنْ بَابِ التَّعْوِيضِ لَا مِنْ بَابِ العُقُودِ.

عُلَمَاءُ الشريعة يدرسون العُقُودَ فِي كتُبِهِمْ الفِقْهِيَّةِ عَلَى سَبِيلِ الانْفِرَادِ؛ بِحَيْثُ يَتَدَارَسُونَ كلَّ عَقْدٍ مُنْفَرِدًا؛ فَنَجِدُ فِي الكتُبِ الفِقْهِيَّةِ: عَقْدُ البَيْعِ، عَقْدُ السَّلَمِ، عَقْدُ الإِجَارَةِ، عَقْدُ المُزَارَعَةِ. فَيَبْحَثُونَ كلَّ عَقْدٍ بِصِفَةٍ مُنْفَرِدَةٍ[١].

وَيَبْحَثُونَ فِي كلِّ عَقْدٍ حُكمَ ذَلِك العَقْدِ، وَطُرُقَ انْعِقَادِ العَقْدِ، وَشُرُوطَ العَقْدِ، وَأَرْكانَهُ، وَالآثَارَ المُتَرَتِّبَةَ عَلَيْهِ، وَمَسَائِلَ النِّزَاعِ بَيْنَ المُتَعَاقِدَيْنِ، وَالضَّوَابِطَ الشرعية المُتَعَلِّقَةَ بِذَلِك العَقْدِ، وَطُرُقَ انْتِهَاءِ العَقْدِ، وَدِرَاسَةُ الفُقَهَاءِ دِرَاسَةٌ تَطْبِيقِيَّةٌ أَكثَرَ مِنْ كوْنِهَا دِرَاسَةً نَظَرِيَّةً.

وَمِنْ أَوَائِلِ مَنْ أَلَّفَ فِي مَسَائِلِ العُقُودِ -بِحَيْثُ يُوجَدُ قَوَاعِدُ عَامَّةٌ لِلْعُقُودِ-: شَيْخُ الإِسْلَامِ ابْنُ تَيْمِيَةَ فِي كتَابِهِ «العُقُودُ»، الَّذِي طُبِعَ بِاسْمِ: (نَظَرِيَّةُ العَقْدِ)[٢]. هَكذَا أَيْضًا

---

(١) انظر: نظرية العقد للسنهوري ص٦٣، مصادر الحق للسنهوري ١/ ٣٢، وانظر: الكتب الفقهية قاطبة تجدها على ذلك.

(٢) طبع الكتاب سنة ١٣٦٨هـ بإشراف الشيخ محمد حامد الفقي في مكتبة السنة المحمدية في القاهرة على نفقه الأمير منصور بن عبدالعزيز آل سعود.

بَعْضُ عُلَمَاءِ القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ كتبُوا عَنِ العَقْدِ بِشَكلٍ إِجْمَالِي بِمَا يَتَنَاوَلُ أَغْلَبَ العُقُودِ، وَمِنْ هَؤُلَاءِ: بَدْرُ الدِّينِ الزَّرْكشِيُّ فِي كتَابِهِ «المَنْثُورُ»(١)، وَابْنُ رَجَبٍ فِي «القَوَاعِدِ»، وَعَدَدٌ مِنَ المُؤَلِّفِينَ فِي القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ.

أركانُ العُقُودِ(٢):

إِذَا نَظَرْنَا إِلَى العُقُودِ وَجَدْنَا أَنَّهَا تَتَكوَّنُ مِنْ ثَلَاثَةِ أَرْكانٍ:

الرُّكنُ الأَوَّلُ: العَاقِدُ، وَأَغْلَبُ العُقُودِ يَكونُ العَقْدُ مُنْشَئًا مِنْ عَاقِدَيْنِ؛ كمَا فِي البَيْعِ، وَالإِجَارَةِ، وَالرَّهْنِ، وَالوَكالَةِ، وَهُنَاك عُقُودٌ تَكونُ نَاشِئَةً مِنْ عَاقِدٍ وَاحِدٍ؛ مِثْلُ: الوَقْفِ.

الرُّكنُ الثَّانِي: المَعْقُودُ عَلَيْهِ -أَوْ مَحَلُّ العَقْدِ-، وَالمُرَادُ بِهِ: المَحَلُّ الَّذِي كانَ العَقْدُ مُنْشَئًا مِنْ أَجْلِ التَّصَرُّفِ فِيهِ، وَقَدْ يَكونُ مَحَلُّ العَقْدِ عَيْنًا؛ مِثْلُ: هَذِهِ السَّيَّارَةِ، وَقَدْ يَكونُ مَنْفَعَةً؛ مِثْلُ: السُّكنَى، وَقَدْ يَكونُ دَيْنًا؛ كمَا لَوْ تَعَاقَدَ مَعَهُ فِي السَّلَمِ عَلَى أَنْ يُسْلِّمَهُ مِائَةَ صَاعٍ بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ.

الرُّكنُ الثَّالِثُ: صِيغَةُ العَقْدِ، وَقَدْ تَكونُ الصِّيغَةُ صِيغَةً قَوْلِيَّةً؛ بِأَنْ يَتَكلَّمَ كلٌّ مِنَ المُتَعَاقِدَيْنِ بِكلَامٍ يُؤَدِّي إِلَى جَعْلِ الإِيجَابِ يَرْتَبِطُ بِالقَبُولِ.

وَصِيَغُ العُقُودِ قَدْ تَكونُ صَرِيحَةً، كمَا لَوْ قَالَ: بِعْتُك هَذِهِ الدَّارَ. أَوْ قَالَ: أَجَّرْتُك هَذِهِ الدَّارَ. وَقَدْ تَكونُ الصِّيغَةُ مِنْ بَابِ الكنَايَةِ بِحَيْثُ لَا يَدُلُّ اللَّفْظُ عَلَى ذَلِك العَقْدِ إِلَّا بِقَرِينَةٍ؛ كمَا لَوْ قَالَ: بِعْتُك هَذِهِ الدَّارَ لِمُدَّةِ سَنَةٍ. فَإِنَّ هَذَا اللَّفْظَ كنَايَةٌ يُرَادُ بِهِ عَقْدُ الإِيجَارِ.

---

(١) المنثور ٢/٣٩٧.

(٢) انظر: مواهب الجليل ٤/٢٢٨، حاشية الجمل على المنهج ٥/٤٦٠، نهاية المحتاج ٣/٤٤٦، نهاية السول ١/٣٦٨، وفي شروط البيع، انظر: إعانة الطالبين ٣/٥، المجموع ٩/١٤٩، الوسيط ٣/٥.

وَقَدْ تَنْعَقِدُ العُقُودُ بِوَاسِطَةِ المُعَاطَاةِ؛ بِأَنْ يَكونَ هُنَاك أَفْعَالٌ تَدُلُّ عَلَى العَقْدِ وَلَوْ لَمْ يُوجَدْ لَفْظٌ، ومِنْ أَمْثِلَةِ ذَلِك: مَا لَوْ ذَهَبْتَ إِلَى الخَبَّازِ وَوَضَعْتَ فِي صُنْدُوقِهِ رِيالًا وَأَخَذْتَ أَرْبَعَ خُبْزَاتٍ، فَهَذَا مُعَاطَاةٌ، لَيْسَ بِصَرِيحٍ وَلَا بِكنَايَةٍ.

مَسْأَلَةٌ: اختلف الفُقَهَاءُ فِي صِيغَةِ المُعَاطَاةِ: هَلْ هِيَ صِيغَةٌ تَتَرَتَّبُ عَلَيْهَا العُقُودُ أَوْ لَا ؟ وَلَهُمْ فِي ذَلِك ثَلَاثَةُ مَذَاهِبِ مَشْهُورَةٍ[١]:

المَذْهَبُ الأَوَّلُ: أَنَّ المُعَاطَاةَ لَيْسَتْ طَرِيقًا لِانْعِقَادِ العُقُودِ. وَهَذَا هُوَ مَذْهَبُ الإِمَامِ الشَّافِعِيِّ[٢]، قَالُوا: لِأَنَّ اللهَ اشتراط فِي صِحَّةِ العُقُودِ الرِّضَا، وَالرِّضَا أَمْرٌ خَفِيٌّ، فَلَا بُدَّ أَنْ نُرَتِّبَ العَقْدَ عَلَى أَمْرٍ ظَاهِرٍ الَّذِي هُوَ الصِّيغَةُ القَوْلِيَّةُ؛ فَإِنَّ اللهَ قَالَ: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[٣]. وَلَا يُمْكِنُ أَنْ نَعْرِفَ وُجُودَ التَّرَاضِيَ إِلَّا بِوُجُودِ أَقْوَالٍ تَدُلُّ عَلَى حُصُولِ التَّرَاضِي مِنَ الطَّرَفَيْنِ.

القَوْلُ الثَّانِي: أَنَّ العَقْدَ يَصِحُّ بِأَيِّ طَرِيقٍ يُشْعِرُ بِهِ وَيَدُلُّ عَلَيْهِ؛ سَوَاءٌ كانَ بِاللَّفْظِ أَوْ بِالفِعْلِ، وَمِنْ هُنَا يُصَحِّحُونَ انْعِقَادَ العُقُودِ بِوَاسِطَةِ المُعَاطَاةِ، وَهَذَا هُوَ مَذْهَبُ الإِمَامِ مالك[٤]، والإمام أَحْمَدَ[٥]. قَالُوا: لِأَنَّ المَقْصُودَ تَحْصِيلُ الرِّضَا، وَإِذَا حَصَلَ الرِّضَا صَحَّ العَقْدُ، قَالُوا: وَلِأَنَّ اشْتِرَاطَ الصِّيغَةِ القَوْلِيَّةِ يَحْتَاجُ إِلَى دَلِيلٍ، وَالآيَةُ لَا تَنْتَهِضُ دَلِيلًا على ذلك؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا اشْتَرَطَتِ الرِّضَا.

---

(١) انظر الخلاف في: شرح السنة ٨/١٣٠، شرح مسلم للنووي ١١/٣٣، عمدة القاري ٦/٢٥٧، فتاوى ابن تيمية ٢٩/٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٩٦، المغني ٤/٤.

(٢) إعانة الطالبين ٣/٤، الشرح الكبير للرافعي ٨/٩٧.

(٣) سورة النساء، الآية [٢٩].

(٤) انظر: التاج والإكليل ٦/٣٣١، الشرح الكبير للدردير ٤/٢.

(٥) انظر: التحبير ٧/٣٥٦٦، الشرح الكبير لابن قدامة ٤/٤، ألمحرر ١/٢٦٠.

وَالقَوْلُ الثَّالِثُ: بِأَنَّ المُعَاطَاةَ طَرِيقٌ صَحِيحٌ لِانْعِقَادِ العُقُودِ فِي المُحَقَّرَاتِ –وَهِيَ الأُمُورُ القَلِيلَةُ– ، أَمَّا الأُمُورُ الثَّمِينَةُ فَإِنَّهُ لَا يَنْعَقِدُ العَقْدُ فِيهَا بِالمُعَاطَاةِ(١) .

مِنْ أَمْثِلَةِ بَيْعِ المُعَاطَاةِ: مَكائِنُ البَيْعِ الذَّاتِيِّ؛ تَضَعُ رِيَالًا فِي المَاكِينَةِ وَتَضْغَطُ عَلَى نَوْعِ العَصِيرِ الَّذِي تُرِيدُ ، فَيَخْرُجُ لَك ، هَذَا مُعَاطَاةٌ . عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ: لَا يَصِحُّ هَذَا العَقْدُ ، وَلَا يَجُوزُ لَك شُرْبُ هَذَا العَصِيرِ ؛ لِأَنَّك لَمْ تَمْلِكهُ . لِأَنَّهُمْ يَشْتَرِطُونَ صِيغَةً قَوْلِيَّةً وَبِالتَّالِي فَإِنَّك لَا تَمْلِكهُ . وَعِنْدَ الجُمْهُورِ: يَصِحُّ العَقْدُ؛ لِأَنَّهُمْ يَشْتَرِطُونَ الرِّضَا .

العقود الجديدة(٢):

جماهير العلماء على أن الأصل في العقود الجواز والصحة؛ بحيث لا نحتاج إلى دليل خاص في العقود الجديدة، لعموم النصوص الآمرة بالوفاء بالعقود، وأخذ بعض المعاصرين من هذا مبدأ إنشاء العقود الجديدة (حرية التعاقد)(٣) ، وخالف الظاهرية في هذا ورأوا أنه لا يصح عقد إلا إذا كان منصوصاً عليه أو وقع إجماع عليه .

---

(١) رد المحتار ١٨/٢٢٣ ، نقله عن الكرخي ، وذكر أن المذهب جوازه مطلقاً .

(٢) انظر: الأحكام لابن حزم ٥/٥٩٣ ، إقامة الدليل على إبطال التحليل لابن تيمية ٥/١٨٣ ، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/١٢٦ ، إعلام الموقعين ١/٤٠١ ، زاد المعاد ٥/٧٣٢ ، غمز عيون البصائر ١/٢٢٣ ، التلقين لعبدالوهاب ٢/٣٥٩ ، سلاسل الذهب للزركشي ص٤٢٣ ، أبحاث هيئة كبار العلماء ٤/٢٣١ ، الدرر السنية ٦/٣٠٩ ، فتاوى اللجنة الدائمة للإفتاء ١٥/١١٤ ، فتاوى الزرقا ص٤٩ ، المدخل الفقهي العام ١/٤٦٤ ، أحكام المعاملات للخفيف ص٢٦١ ، المدخل لشلبي ص٥٦٤ ، مقدمة الشريعة لبخيت ص٣٧٩ .

(٣) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته ٤/٥٥٤ ، العقود ومعنى تكييفها ص١٢ ، فتاوى ويسألونك لعفانة ٧/١٤٣ ، خيار المجلس والعيب للطيار ص١٥ ، ضوابط المصارف للشامي ص١٣ . ولا بد من ملاحظة وجود الشروط الشرعية في هذا العقد لجوازه وصحته . والقانونيين قد يسمونه «العقد غير المسمى» . انظر: عقد التشييد لبخيت ص٢٤

شُروطُ العَقْدِ(١):

العَقْدُ يُشْتَرَطُ لَهُ العَدِيدُ مِنَ الشروط حَتَّى يَكونَ صَحِيحًا:

الشرط الأَوَّل: أَهْلِيَّةُ العَاقِدَيْنِ؛ فَإِذَا لَمْ يَكنْ العَاقِدَانِ مِمَّنْ لَهُمْ أَهْلِيَّةُ ذَلِك العَقْدِ، فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ العَقْدُ مِنْهُمَا؛ وَمِنْ هُنَا فَلَا يَصِحُّ العَقْدُ مِنَ المَجْنُونِ، وَلَا مِنَ الصَّغِيرِ غير المميز.

الشرط الثَّانِي: قَابِلِيَّةُ مَحَلِّ العَقْدِ لِحُكمِهِ -المُرَادُ بِالحُكمِ هُنَا: الآثَارُ وَالنَّتِيجَةُ-، فَلَا يَكونُ العَقْدُ صَحِيحًا، إِلَّا إِذَا كانَ مَحَلُّ العَقْدِ قَابِلًا لِلآثَارِ المُتَرَتِّبَةِ عَلَى العَقْدِ.

مِثَالُ ذَلِك: لَوْ أَجَّرَهُ تُفَّاحَةً مِنْ أَجْلِ أَنْ يَأْكلَهَا ثُمَّ يُعِيدُهَا إِلَيْهِ، نَقُولُ: هَذَا لَا يَصِحُّ أَنْ يَكونَ عَقْدَ إِجَارَةٍ؛ لِأَنَّ مِنْ آثَارِ عَقْدِ الإِجَارَةِ: الانْتِفَاعُ بِالمَنْفَعَةِ مَعَ بَقَاءِ العَيْنِ، وَمِنْ ثَمَّ لَا يَصِحُّ أَنْ يَكونَ هَذَا العَقْدُ إِجَارَةً.

مَسْأَلَةٌ: قَدْ يَقَعُ النِّزَاعُ فِي بَعْضِ المَحَالِّ؛ هَلْ هِيَ قَابِلَةٌ لِلْعَقْدِ أَوْ لَا؟

مِنْ أَمْثِلَةِ ذَلِك: وَقْفُ النُّقُودِ(٢)، فَإِنَّهُ مَوْطِنُ خِلَافٍ بَيْنَ الفُقَهَاءِ، مَنْشَأُ الخِلَافِ هُوَ: هَلِ النُّقُودُ تَقْبَلُ أَنْ تَكونَ مَحَلًّا لِعَقْدِ الوَقْفِ؛ لِأَنَّ مِنْ مقتضى الوَقْفِ تَحْبِيسَ الأَصْلِ وَتَسْبِيلَ المَنْفَعَةِ، وَفِي النُّقُودِ لَا يُمْكنُ أَنْ تُحَبِّسَ الأَصْلَ؛ لِأَنَّك إِنْ أَبْقَيْتَهَا فِي يَدِك لَمْ يَحْصُلِ انْتِفَاعٌ بِهَا.

---

(١) يذكر الفقهاء لكل عقد شروطاً مستقلة به، ويمكن استخلاص شروط عامة للعقود من كلامهم الجزئي في كل عقد على حدة، فمثلاً في كتاب المبدع لابن مفلح تجد: شروط البيع ٧/٤، وشروط عقد الصرف ١٥١/٤، وشروط السلم ١٧٧/٤، وشروط الإجارة ٦٣/٥، وشروط المسابقة ١٢٢/٥، وشروط الشفعة ٢٠٤/٥، وشروط الوقف ٣١٥/٥، وشروط عقد النكاح ١٧/٧.

(٢) انظر: مجمع الأنهر ٧٤٧/٢، حاشية ابن عابدين ٣٧٤/٣، جواهر الإكليل ٢٠٥/٢، حاشية الدسوقي ٧٦/٤، مغني المحتاج ٣٧٧/٢، روضة الطالبين ٣١٥/٥، الفروع لابن مفلح ٥٨٣/٤، بحث وقف النقود للدكتور عبدالله العمار مقدم للملتقى الأول للوقف بالكويت.

وَهُنَاك مَنْ يَرَى أَنَّ مَحَلَّ العَقْدِ لَيْسَ ذَاتَ النَّقْدِ المَوْجُودِ بِاليَدِ، وَإِنَّمَا القِيمَةُ التَّقْدِيرِيَّةُ لِذَلِك النَّقْدِ، قَالُوا: وَمِنْ ثَمَّ لَا مَانِعَ أَنْ نَجْعَلَ وَقْفًا نَقْدِيًّا، بِحَيْثُ نَقُولُ: كُلُّ مَنِ احْتَاجَ مِنْ أَبْنَاءِ فُلَانٍ فَإِنَّهُ يَسْتَدِينُ مِنْ هَذَا الوَقْفِ، فَإِذَا انْتَهَتْ حَاجَتُهُ أَعَادَهُ. فَهَذَا وَقْفٌ لِلنُّقُودِ، وَبِالتَّالِي يَقُولُونَ: المَحَلُّ قَدْ قَبِلَ آثَارَ الوَقْفِ.

الشرط الثَّالِثُ: أَنْ يَكُونَ العَقْدُ مُبَاحًا؛ فَإِذَا كَانَ العَقْدُ مِنَ المُحَرَّمَاتِ لَمْ يَصِحَّ العَقْدُ.

مِثَالُ ذَلِك: الرِّبَا، هَذَا عَقْدٌ مُحَرَّمٌ، وَبِالتَّالِي لَا يَنْعَقِدُ وَلَا يَكُونُ صَحِيحًا. وَمِثْلُهُ: تَأْجِيرُ البُضْعِ، فَهَذَا عَقْدٌ مُحَرَّمٌ. وَمِثْلُهُ: العَقْدُ مَعَ الكَاهِنِ أَوِ السَّاحِرِ. هَذِهِ عُقُودٌ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ شَرْعًا، وَكَذَلِك العُقُودُ عَلَى الأَعْيَانِ المُحَرَّمَةِ؛ مِثْلُ: عُقُودِ بَيْعِ الخَمْرِ.

الشرط الرَّابِعُ: اتِّحَادُ المَجْلِسِ، وَاتِّحَادُ مَجْلِسِ العَقْدِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ اتِّحَادًا حَقِيقِيًّا؛ بِأَنْ يُوجَدَ العَاقِدَانِ فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ، أَوْ أَنْ يَكُونَ اتِّحَادًا حُكْمِيًّا؛ كَمَا لَوْ حَصَلَ العَقْدُ بِالهَاتِفِ، أَوْ بِالكِتَابَةِ.

الشرط الخَامِسُ: بَقَاءُ الإِيجَابِ صَحِيحًا حَتَّى القَبُولِ؛ لَوْ قَالَ: بِعْتُك ثَوْبِي. ثُمَّ قَالَ: تَرَاجَعْتُ. ثُمَّ قُلْتَ: قَبِلْتُ. نَقُولُ: الإِيجَابُ لَمْ يَسْتَمِرَّ حَتَّى القَبُولِ، وَبِالتَّالِي لَمْ يَنْعَقِدِ العَقْدُ.

يَقُولُونَ: إِنَّهُ لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الإِيجَابُ مُتَّصِلًا بِالقَبُولِ؛ إِمَّا حَقِيقَةً، أَوْ حُكْمًا.

الشرط السَّادِسُ: تَخْوِيلُ العَاقِدِ فِي التَّعَاقُدِ؛ بِأَنْ يَكُونَ العَاقِدُ مَالِكًا لِلْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، أَوْ مَأْذُونًا لَهُ فِيهِ؛ إِمَّا بِوَكَالَةٍ وَهَذَا إِذْنٌ مِنَ المَالِك، أَوْ بِإِذْنٍ مِنَ الشَّارِعِ بِوِلَايَةٍ خَاصَّةٍ؛ كَمَا فِي وَلِيِّ الأَيْتَامِ، أَوْ بِوِلَايَةٍ عَامَّةٍ كَمَا فِي مَسْأَلَةِ بَيْعِ القَاضِي لِلْعَيْنِ المَرْهُونَةِ.

الشرط السَّابِعُ: الرِّضَا وَالاخْتِيَارُ -وَهَذَا شرط فِي الجُمْلَةِ- وَبَعْضُ أَهْلِ العِلْمِ يَقُولُ: بِأَنَّ هَذَا لَمَّا كَانَ شَرْطًا لِبَعْضِ العُقُودِ دُونَ بَعْضِهَا، يَنْبَغِي أَنْ نَقْصُرَهُ عَلَى تِلْك العُقُودِ؛ فَلَا نَجْعَلُهُ شَرْطًا فِي العَقْدِ بِإِجْمَالٍ.

هَكَذَا أَيْضًا يشترط فِي العَقْدِ: اتِّحَادُ مَحَلِّ العَقْدِ، فَلَوْ بَاعَك السَّيَّارَةَ الزَّرْقَاءَ وَاشْتَرَيْت مِنْهُ السَّيَّارَةَ الحَمْرَاءَ، لَمْ يَنْعَقِدِ العَقْدُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَوَارَدْ عَلَى مَحَلٍّ وَاحِدٍ.

هَكَذَا بَعْضُ أَهْلِ العِلْمِ يشترط: القُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ، وَإِنْ كانَ هُنَاك مَنْ يَقُولُ: هُنَاك مُسْتَثْنَيَاتٌ يُجِيزُ الشَّرْعُ فِيهَا البَيْعَ مَعَ عَدَمِ القُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ؛ وَمِنْ ثَمَّ لَا يَنْبَغِي أَنْ نَجْعَلَهُ شَرْطًا فِي العُقُودِ.

وَمِنْ أَمْثِلَةِ ذَلِك: بَيْعُ المَالِك لِلْعَيْنِ المَغْصُوبَةِ مِنْهُ، لِمَنْ يَتَمَكنُ مِنِ اسْتِخْلَاصِهَا مِنَ الغَاصِبِ؛ كأَنْ يَكونَ عِنْدَك سَيَّارَةٌ سُرِقَتْ مِنْك -وَأَنْتَ تَعرِفُ السَّارِقَ- وَعَجَزْتَ عَنِ اسْتِخْلَاصِهَا مِنْهُ، فَبِعْتَهَا عَلَى مَنْ يَكونُ لَدَيْهِ قُدْرَةٌ عَلَى اسْتِخْلَاصِ السَّيَّارَةِ مِنْ هَذَا السَّارِقِ. فَهُنَا بِعْتَ السَّيَّارَةَ مَعَ عَدَمِ قُدْرَتِك عَلَى التَّسْلِيمِ، وَمَعَ هَذَا صَحَّ العَقْدُ.

الشروط فِي العَقْدِ:

أَوَّلًا: الفَرْقُ بَيْنَ الشُّرُوطِ فِي العَقْدِ وَشُرُوطُ العَقْدِ:

الفَرْقُ الأَوَّلُ: أَنَّ الشروط فِي العَقْدِ منشؤها مِنَ العَاقِدَيْنِ، بِخِلَافِ شُرُوطِ العَقْدِ؛ فَإِنَّ مَنْشَأَهَا مِنَ الشَّارِعِ، إِذن شُرُوطُ العَقْدِ الَّذِي اشْتَرَطَهَا هُوَ الشَّارِعُ، فَأَهْلِيَّةُ العَاقِدَيْنِ اشْتَرَطَهَا الشَّارِعُ، أَمَّا الشروط فِي العَقْدِ فَإِنَّ منشأها هُمُ العَاقِدَانِ.

وَالفَرْقُ الثَّانِي: أَنَّ شُرُوطَ العَقْدِ سَابِقَةٌ لَهُ؛ فَأَهْلِيَّةُ العَاقِدِ تكونُ قَبْلَ العَقْدِ، أَمَّا الشُّرُوطُ فِي العَقْدِ فإنها تكونُ مقارنة للعقد.

الفَرْقُ الثَّالِثُ: أَنَّ فَقْدَ شروط العَقْدِ يُؤَدِّي إِلَى بُطْلَانِ العَقْدِ، أَمَّا فَقْدُ أَحَدِ الشروط فِي العَقْدِ فَإِنَّهُ لَا يُلْغِي العَقْدَ وَلَا يُبْطِلُهُ، وَإِنَّمَا يُخَوِّلُ المُسْتَفِيدَ من فَسْخِ العَقْدِ.

مِثَالُهُ: لَوِ اشْتَرَى مِنْك سَيَّارَةً وَاشْتَرَطَ أَنْ تَكونَ مُشْتَمِلَةً عَلَى أَدَوَاتِ السَّلَامَةِ فِيهَا، فَلَمَّا جَاءَتِ السَّيَّارَةُ لَمْ تُوجَدْ أَدَوَاتُ السَّلَامَةِ فِيهَا، فَحِينَئِذٍ يُخَوَّلُ المُتَعَاقِدُ بِفَسْخِ العَقْدِ؛ لِعَدَمِ الوَفَاءِ بشرطه، لِأَنَّ هَذَا مِنَ الشروط فِي العَقْدِ، وَلَيْسَ شرطاً لِلْعَقْدِ.

الفرق الرابع: أن شروط العقد تسبقه، بينما الشروط في العقد لا يطلب تحققها إلا معه أو بعده.

ثانيًا: هَلِ الأصلُ فِي الشروط الصِّحَّة أو أنَّ الأصلَ هُوَ المَنْعُ؟

هَذِهِ المَسْأَلَةُ مِنَ المَسَائِلِ الخِلَافِيَّةِ: فَفِي مَذْهَبِ الإِمَامِ أَحْمَدَ أَنَّ الأَصْلَ فِي الشروط هُوَ الصِّحَّةُ. وَعِنْدَ الجُمْهُورِ أَنَّ الأَصْلَ فِي الشروط هُوَ البُطْلَانُ[1]، حَتَّى يَأْتِيَ دَلِيلٌ يَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ الشروط.

وَمَذْهَبُ الإِمَامِ أَحْمَدَ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ أَرْجَحُ؛ لِحَدِيثِ: (**المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا**)[2].

ثالثاً: الشُّرُوط فِي العُقُودِ عَلَى سِتَّة أنْوَاعٍ[3]:

النَّوْعُ الأَوَّلُ: اشتراط أُمُورٍ مِنْ مقتضى العَقْدِ: فَهَذِهِ الشروط يجب الوفاء بها، ولو لم يتم اشتراطها، ووُجُودُهَا وَعَدَمُهَا سَوَاءٌ، وَإِنَّمَا يُسْتَفَادُ مِنْ ذكرها: التَّأْكِيدُ؛ كَمَا لَوِ اشترط البَائِعُ عَلَى المُشْتَرِي أَنْ يُسَلِّمَ الثَّمَنَ، فَنَقُولُ: تَسْلِيمُ الثَّمَنِ وَاجِبٌ وُجِدَ الشَّرْطُ، أَوْ لَمْ يُوجَدْ.

---

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ١٢٦/٢٩، إعلام الموقعين ٤٠١/١، زاد المعاد ٧٣٢/٥، القواعد النورانية ص١٨٤، وانظر: المدخل الفقهي للزرقاء ٥٥٧/١، الملكية لأبي زهرة ص٢٥٤، الأموال لمحمد يوسف ص٣٩٩، الفقه الإسلامي وأدلته ٥٥٧/٤.

(٢) أخرجه الترمذي في كتاب الأحكام- باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح (١٣٥٢)، وابن ماجه في كتاب الأحكام- باب الصلح (٢٣٥٣)، من حديث عمرو بن عوف رضي الله عنه، وصححه الألباني في «صحيح الترمذي».

(٣) بدائع الصنائع ١٦٨/٥، المبسوط ١٣/١٣، تبيين الحقائق ١٣١/٤، الفتاوى الهندية ٣٠٧/١، البيان والتحصيل ٣٦٧/٤، التاج والإكليل ٣٤٨/٥، المدونة ١٨٣/١٠، شرح ميارة ٤٩٦/١، فتح الباري لابن حجر ١٨٨/٥، روضة الطالبين ٧١/٣، فتح العزيز شرح الوجيز ٣٧/١٠، كشاف القناع ٤٠/٢٤، غاية المنتهى ٢٣/٢، نظرية العقد لابن تيمية ص٢١٤، فتاوى ابن تيمية ١٢٩/٢٩، نيل الأوطار ٢٤٠/٥، فتاوى الشيخ محمد بن إبراهيم ١١٢/١٠.

النَّوْعُ الثَّانِي: اشْتِرَاطُ أَمْرٍ مِنْ مَصْلَحَةِ العَقْدِ: كاشْتِرَاطِ الرَّهْنِ، أَوِ اشْتِرَاطِ الحُلُولِ أَوِ التَّأْجِيلِ، أَوِ اشْتِرَاطِ الكفِيلِ، أَوِ اشْتِرَاطِ صِفَاتٍ فِي المَعْقُودِ عَلَيْهِ؛ كمَا لَوِ اشْتَرَطَ أَنْ تَكونَ السَّيَّارَةُ مِنَ المُودِيلِ الفُلَانِيِّ، أَوْ أَنْ تَكونَ السَّيَّارَةُ مُشْتَمِلَةً عَلَى أَدَوَاتِ السَّلَامَةِ، أَوْ أَنْ تَكونَ السَّيَّارَةُ مُخْمَلِيَّةَ المَقَاعِدِ، وَهَكذَا.

كمَا لَوِ اشْتَرَطَ فِي الأَمَةِ أَنْ تَكونَ بَيْضَاءَ، وأَنْ تَكونَ طَوِيلَةً، وَأَنْ تَكونَ جَمِيلَةً، وَأَنْ تَكونَ ذَاتَ شَعْرٍ أَسْوَدَ، وَأَنْ تَكونَ عُيُونُهَا ذَاتَ اللَّوْنِ الفُلَانِيِّ، هَذِهِ كلُّهَا شُرُوطٌ فِي مَصْلَحَةِ العَقْدِ، وَبِالتَّالِي فَإِنَّ هَذِهِ الشروط شروط صَحِيحَةٌ.

النَّوْعُ الثَّالِثُ: اشتراط أَمْرٍ مِنْ مَصْلَحَةِ العَاقِدِ: مِثَالُ ذَلِك: اشْتَرَى مِنْهُ مِسْوَاكا بِرِيَالَيْنِ، وَاشْتَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ يُنَظِّفَ السَّيَّارَةَ، أَوْ أَنْ يَغْسِلَ سَيَّارَتَهُ لِمُدَّةِ أُسْبُوعٍ يَوْمِيًّا. هَلْ هَذَا الشَّرْطُ مِنْ مَصْلَحَةِ العَقْدِ؟ لَيْسَ مِنْ مَصْلَحَةِ العَقْدِ، وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ مَصْلَحَةِ العَاقِدِ.

مِثَالٌ آخَرُ: اشْتَرَى مِنْهُ سَيَّارَةً، وَاشْتَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ يَقُومَ بِتَنْظِيفِ ثِيَابِهِ، أَوْ غَسْلِ ثِيَابِهِ. فَيَقُولُ: هَذَا شَرْطٌ مِنْ مَصْلَحَةِ العَاقِدِ، لَا مِنْ مَصْلَحَةِ العَقْدِ، وَلَا مِنْ مَصْلَحَةِ العَيْنِ المَعْقُودِ عَلَيْهَا.

هَلْ تَصِحُّ هَذِهِ الشروط؟ لِلْعُلَمَاءِ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

القَوْلُ الأَوَّلُ: أَنَّ هَذِهِ الشروط شروط بَاطِلَةٌ لَيْسَتْ بِصَحِيحَةٍ، وَاسْتَدَلُّوا عَلَى ذَلِك بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: **(كلُّ شرط لَيْسَ فِي كتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كانَ مِائَةَ شَرْطٍ)**(١).

وَالقَوْلُ الثَّانِي: بِأَنَّهُ يَصِحُّ الشرط الوَاحِدُ، ولَا يَصِحُّ أَكثَرُ مِنْ شَرْطٍ. وَهَذَا هُوَ مَذْهَبُ الإِمَامِ أَحْمَدَ، وَاسْتَدَلُّوا عَلَى ذَلِك بِحَدِيثِ: نَهَى عَنْ شَرْطَيْنِ فِي البَيْعِ، وَهَذَا الحَدِيثُ رَوَاهُ

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة- باب الصدقة على موالي أزواج النبي ﷺ (١٤٩٣)، ومسلم في كتاب العتق- باب الولاء لمن أعتق (١٥٠٤)، من حديث عائشة رضي الله عنها.

أَبُو دَاوُدَ(١)، وَقَدْ وَقَعَ اخْتِلَافٌ بَيْنَ العلماء في تحديد المراد به(٢).

وَاسْتَدَلُّوا عَلَى الجَوَازِ بِحَدِيثِ جَابِرٍ: فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ اشْتَرَى مِنْهُ جَمَلَهُ، فَاشْتَرَطَ جَابِرٌ حِمْلَانَهُ إِلَى المَدِينَةِ، فَلَمْ يُنْكِرْ عَلَيْهِ النَّبِيُّ ﷺ(٣). وَهَذَا شَرْطٌ مِنْ مَصْلَحَةِ العَاقِدِ، لَا مِنْ مَصْلَحَةِ العَقْدِ، وَمَعَ ذَلِك صَحَّحَهُ النَّبِيُّ ﷺ، قَالُوا: لِأَنَّهُ شَرْطٌ وَاحِدٌ.

وَالقَوْلُ الثَّالِثُ فِي المَسْأَلَةِ: بِأَنَّ الشروط الَّتِي تكونُ لِمَصْلَحَةِ العَاقِدِ تُعْتَبَرُ شُرُوطًا صَحِيحَةً وَلَوْ تَعَدَّدَتْ، وَهَذَا مَذْهَبُ جَمَاعَةٍ مِنَ التَّابِعِينَ، وَرِوَايَةٌ عَنْ أَحْمَدَ وَاخْتَارَهَا شَيْخُ الإِسْلَامِ ابْنُ تَيْمِيَةَ وَجَمَاعَةٌ.

وَاسْتَدَلُّوا عَلَى ذَلِك بِعَدَدٍ مِنَ الأَدِلَّةِ؛ مِنْهَا: حَدِيثُ: **(المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ)**. فَإِنَّ كَلِمَةَ (شُرُوطٍ) جَمْعٌ مُضَافٌ إِلَى مَعْرِفَةٍ، فَتُفِيدُ العُمُومَ.

وَاسْتَدَلُّوا عَلَى ذَلِك بِقَوْلِهِ تَعَالَى: **﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾**(٤)، وَبِقَوْلِهِ: **﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾**(٥). وَالعَقْدُ قَدْ اشْتَمَلَ عَلَى هَذِهِ الشُّرُوطِ.

قَالُوا: وَأَمَّا حَدِيثُ: **(كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ)**. فَالمُرَادُ بِهِ: كُلُّ شَرْطٍ خَالَفَ كِتَابَ اللهِ، بِدِلَالَةِ سَبَبِ الحَدِيثِ؛ فَإِنَّ سَبَبَ الحَدِيثِ أَنَّ قَوْمًا بَاعُوا مَمْلُوكًا وَاشْتَرَطُوا وَلَاءَهُ، فَهَذَا شَرْطٌ بَاطِلٌ؛ وَلِذَلِك أَبْطَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ.

---

(١) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع- باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (٣٥٠٤)، والنسائي (٤٦٣١)، وحسنه الألباني في «صحيح أبي داود».

(٢) قيل المراد: شرطان من مصلحة العاقد، وقيل: المراد عقدان في عقد، وقيل المراد: بيع العينة، وقيل: المراد ترديد الثمن بين مقدارين بحسب الأجل أو النوع، وقيل المراد: بيع بشرط. انظر: معاني الآثار ٨٤/٨، الجوهرة النيرة ٢٦٢/٢، عون المعبود ٢٩٥/٩، المبسوط ٢٤١/٦، وعقد الإجارة المنتهي بالتمليك للمؤلف.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب النفقات- باب عون المرأة زوجها في ولده (٥٣٦٧)، ومسلم في كتاب الرضاع- باب استحباب نكاح البكر (٧١٥).

(٤) سورة المائدة، الآية [١].

(٥) سورة الإسراء، الآية [٣٤].

قَالُوا: وَأَمَّا حَدِيثُ: نَهَى عَنْ شَرْطَيْنِ فِي بَيْعٍ. فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ بِضَعْفِهِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: المُرَادُ بِهِ بَيْعُ العِينَةِ، أَوْ أَنَّ المُرَادَ بِهِ: بَيْعُ السِّلْعَةِ بِثَمَنَيْنِ مُتَفَاوِتَيْنِ؛ أَحَدُهُمَا حَاضِرٌ، وَالآخَرُ مُؤَجَّلٌ.

وَلَعَلَّ القَوْلَ القَائِلَ بِصِحَّةِ الشروط وَأَنَّ الأَصْلَ فِيهَا الصِّحَّةُ هُوَ أَرْجَحُ الأَقْوَالِ فِي المَسْأَلَةِ.

النَّوْعُ الرَّابِعُ: الشروط المُنَافِيَةُ لمقتضى العَقْدِ: كَمَا لَوْ قال: بِعْتُك السَّيَّارَةَ بِعَشْرَةِ آلَافٍ، عَلَى أَنْ تَبْقَى السَّيَّارَةُ فِي مِلْكِي، فَنَقُولُ: هَـذَا الشَّرْطُ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّهُ يَتَنَافَى مَـعَ مُقْتَضَى العَقْدِ.

مَسْأَلَةٌ: لكنْ هَلْ يَبْطُلُ هَذَا الشرط فِي العَقْدَ أَوْ لَا ؟ فَهَلْ نَقُولُ: الشَّرْطُ المُنَافِي لمقتضى العَقْدِ يَبْطُلُ وَيُبْطِلُ العَقْدَ ؟ أَوْ نَقُولُ: بِأَنَّ الشرط بَاطِلٌ مَعَ تَصْحِيحِ العَقْدِ ؟

هَذِهِ المَسْأَلَةُ مِنَ المَسَائِلِ الخِلَافِيَّةِ، وَأَكْثَرُ أَهْلِ العِلْمِ يَقُولُونَ: يَبْطُلُ العَقْدَ، قَالُوا: لِأَنَّ المُتَعَاقِدَ لَمْ يَرْضَ بِالعَقْدِ إِلَّا بِهَذَا الشرط، فَهُوَ لَا يَرْضَى بِالعَقْدِ بِدُونِ هَذَا الشرط، فَإِذَا صَحَّحْنَا العَقْدَ وَأَبْطَلْنَا الشَّرْطَ، فَإِنَّ ذَلِك يَتَنَافَى مَعَ الرِّضَا، وَالرِّضَا شَرْطٌ مِنْ شروط صِحَّةِ العُقُودِ.

وَالقَوْلُ الثَّانِي: بِأَنَّ الشرط يَبْطُلُ وَيَصِحُّ العَقْدُ، وَهَذَا هُوَ مَذْهَبُ الإِمَامِ أَحْمَدَ وَجَمَاعَةٍ.

وَاسْتَدَلُّوا عَلَى ذَلِك: بِمَا وَرَدَ فِي الحَدِيثِ: أَنَّ عَائِشَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا اشْتَرَتْ بَرِيرَةَ مِنْ أَصْحَابِهَا، وَاشْتَرَطَتْ لَهُمُ الوَلَاءَ، فَصَحَّحَ لَهُمُ النَّبِيُّ ﷺ العَقْدَ وَأَبْطَلَ الشَّرْطَ، وَقَالَ: (**إِنَّمَا الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**)؛ لِأَنَّ الوَلَاءَ مِنْ آثَارِ العِتْقِ، وَهَذَا هُوَ سَبَبُ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: (**مَا بَالُ أَقْوَامٍ يشترطون شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللهِ، كلُّ شرطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كانَ مِائَةَ شرط**».

النَّوْعُ الخَامِسُ: اشتراط عَقْدٍ فِي عَقْدٍ: مِثَالُ ذَلِك: لَوْ قُلْتُ لَك: أَبِيعُك هَذَا البَيْتَ بِأَلْفِ دِينَارٍ، بشرط أَنْ تُؤَجِّرَنِي سَيَّارَتَك بِمَائَتَيْ دِرْهَمٍ. فَهُنَا اشترطنا عَقْدًا فِي عَقْدٍ.

وَجُمْهُورُ أَهْلِ العِلْمِ عَلَى أَنَّ هَذِهِ الشُّرُوطَ بَاطِلَةٌ، وحُكِيَ الإِجْمَاعُ عَلَى ذَلِك. ويُسْتَدَلُّ عَلَيْهِ بِمَا وَرَدَ فِي الحَدِيثِ: (أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ)[١]. وَمِثْلُهُ مَا وَرَدَ: (نَهَى عَنْ صَفْقَتَيْنِ فِي صَفْقَةٍ)[٢].

النَّوْعُ السَّادِسُ: الشروط الَّتِي تقتضي تَعْلِيقَ العَقْدِ عَلَى أَمْرٍ مُسْتَقْبَلٍ: كَمَنْ بَاعَ سَيَّارَتَهُ وَاشْتَرَطَ أَنْ تكونَ الزَّوْجَةُ رَاضِيَةً، قَالَ: أَبِيعُك سَيَّارَتِي بِعَشَرَةِ آلَافٍ، لَكِنِّي لَا أَدْرِي يُمْكِنُ أَنَّ زَوْجَتِي لَا ترضى، وَأَنَا أَخَافُ مِنْهَا، فَأُعَلِّقُ العَقْدَ عَلَى رِضَاهَا؛ إِنْ رَضِيَتْ فَالبَيْعُ تَامٌّ، وَإِنْ لَمْ تَرْضَ فَالبَيْعُ مُلْغًى.

هَلْ يَصِحُّ هَذَا الشرط ؟

جُمْهُورُ أَهْلِ العِلْمِ قَالُوا: هَذَا الشرط لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ العَقْدَ أَمْرٌ جَازِمٌ فَلَا يَصِحُّ أَنْ نَجْعَلَهُ مُتَرَدِّدًا.

وَالقَوْلُ الثَّانِي: بِأَنَّ هَذِهِ الشروط صَحِيحَةٌ، وَبِالتَّالِي يَتَوَقَّفُ انْعِقَادُ العَقْدِ عَلَى حُصُولِ المَشْرُوطِ.

---

(١) أخرجه أحمد في «مسنده» (٢/٤٧٥، ٥٠٣)، وأبو داود في كتاب البيوع- باب فيمن باع بيعتين في بعية (٣٤٦١)، والترمذي في كتاب البيوع- باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة (١٢٣١)، والنسائي في كتاب البيوع- بيعتين في بيعة وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة بمائة درهم نقدًا، وبمائتي درهم نسيئة (٤٦٣٢)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) أخرجه أحمد ١/٣٩٨، والبزار (٢٠١٧)، والشاشي (٢٧٧) من حديث ابن مسعود رضي الله عنه.

مَا هِي أَدِلَّةُ كلٍّ ؟

فَأَدِلَّةُ القَوْلِ الأَوَّلِ -مَنْ رَأَى أَنَّ العَقْدَ المُعَلَّقَ عَلَى شَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ لَا يَصِحُّ اسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِك بِحَدِيثٍ: **(لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ)**[1]. والصواب أن مَعْنَى هَذَا: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ بِأَنَّ العَيْنَ المَرْهُونَةَ لَا يَصِحُّ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَتَمَلَّكَهَا بِمُجَرَّدِ حُلُولِ أَجَلِ الدَّيْنِ، كَمَا كَانَ الحَالُ فِي الجَاهِلِيَّةِ؛ فَفِي الجَاهِلِيَّةِ كانَ المُرْتَهِنُ إِذَا حَلَّ الأَجَلُ تَمَلَّك العَيْنَ المَرْهُونَةَ، فَلَمَّا جَاءَ الشرع قَالَ بِأَنَّهُ إِذَا حَلَّ الأَجَلُ يَقُومُ صَاحِبُ الوِلَايَةِ -القَاضِي أَوْ غَيْرُهُ- فَيَبِيعُ العَيْنَ المَرْهُونَةَ، وَيُسَدِّدُ الدَّيْنَ، فَإِنْ بَقِيَ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْءٌ أَعَادَهُ إِلَى الرَّاهِنِ، وَلَا يَأْخُذُهُ المُرْتَهِنُ.

وَأَدِلَّةُ القَوْلِ الثَّانِي مِمَّنْ رَأَى صِحَّةَ هَذِهِ الشروط الاستدلال عَلَى ذَلِك بِالنُّصُوصِ الوَارِدَةِ بِأَنَّ الأَصْلَ فِي الشروط الصِّحَّةُ، وَاسْتَدَلَّ عَلَى ذَلِك أَيْضًا بِمَا وَرَدَ: أَنَّ عَتَّابَ بْنَ أَسِيدٍ أَمِيرَ مَكةَ، اشْتَرَى دَارًا مِنْ صَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةَ؛ لِيَجْعَلَهَا سِجْنًا، وَاشْتَرَطَ أَنْ يَرْضَى عُمَرُ، وَكانَ ذَلِك بِمَحْضرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ بِدُونِ أَنْ يُنْكرَ أَحَدٌ مِنْهُمْ، قَالُوا: فَكانَ هَذَا إِجْمَاعًا سُكوتِيًّا مِنْهُمْ رضي الله عنهم.

قَالُوا: وَأَمَّا حَدِيثُ: **(لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ)**. فَالمُرَادُ بِهِ: مَا يَفْعَلُهُ أَهْلُ الجَاهِلِيَّةِ مِنْ تَمَلُّك المُرْتَهِنِ العَيْنَ المَرْهُونَةَ بِحُلُولِ الأَجَلِ، وَلَوْ لَمْ يَرْضَ الرَّاهِنُ، أَمَّا لَوْ قَالَ الرَّاهِنُ: إِذَا حَلَّ الأَجَلُ فَالعَيْنُ لَك مُقَابِلَ الدَّيْنِ. قَالُوا: فَهَذَا لَا يَدْخُلُ فِي الحَدِيثِ.

كمَا لَوْ ذَهَبَ الوَاحِدُ مِنْكمْ إِلَى مَحَطَّةِ البَنْزِينِ فَيَمْلَأُ خَزَّانَ الوَقُودِ، ثُمَّ يُفَتِّشُ فِي جَيْبِهِ فَلَا يَجِدْ نُقُودًا، فَيَقُولُ: خُذْ سَاعَتِي وَسَآتِيك بِالثَّمَنِ قَبْلَ عَصْرِ الغَدِ، فَإِنْ لَمْ آتِك بِهَا فَخُذِ السَّاعَةَ وَتَمَلَّكهَا مُقَابِلَ الدَّيْنِ.

---

(١) أخرجه ابن ماجه في كتاب الأحكام- باب لا يغلق الرهن (٢٤٤١)، وضعفه الألباني في «ضعيف ابن ماجه»، وقال: «ضعيف».

قَالَ الجُمْهُورُ: هَذَا لَا يَصِحُّ، وَجَعَلُوا هَذَا مِنْ إِغْلَاقِ الرَّهْنِ.

وَالقَوْلُ الثَّانِي: بِأَنَّ هَذَا العَقْدَ يَصِحُّ، قَالُوا: وَإِغْلَاقُ الرَّهْنِ تَمَلُّك المُرْتَهِنِ العَيْنَ بِدُونِ أَنْ يَأْذَنَ الرَّاهِنُ، وَهُنَا الرَّاهِنُ قَدْ أَذِنَ، قَالُوا: وَيَدُلُّ عَلَيْهِ أَنَّ الشَّارِعَ يَتَطَلَّعُ إِلَى بَرَاءَةِ الذِّمَمِ، وَسَدَادِ الدَّيْنِ، وَهَذَا مِنْ وَسَائِلِ تَحْقِيقِهِ.

وليس هَذَا مِنْ شَرْطِ عَقْدٍ فِي عَقْدٍ؟ إِنَّمَا شَرْطُ عقد فِي عَقْدٍ فِيمَا إِذَا تَعَدَّدَتِ العَيْنُ المَعْقُودُ عَلَيْهَا، أَمَّا هُنَا فَإِنَّ العَيْنَ المَعْقُودَ عَلَيْهَا عَيْنٌ وَاحِدَةٌ، وَبِالتَّالِي يكونُ مِنْ تَعَاقُبِ العُقُودِ، فَهُوَ فِي الأَوَّلِ كانَ رَهْنًا، ثُمَّ تَحَوَّلَ فِي الأَخِيرِ إِلَى أَنْ يكونَ بَيْعًا؛ كأَنَّهُ بَاعَ البَنْزِينَ الَّذِي أَخَذَهُ بِهَذِهِ السَّاعَةِ.

فَرَبْطُ العَقْدِ بِعَقْدٍ المنهي عنه يكون مَعَ تَعَدُّدِ العَيْنِ المَعْقُودِ عَلَيْهَا، أَمَّا إِذَا كانَتِ العَيْنُ المَعْقُودُ عَلَيْهَا وَاحِدَةً فَهَذَا لَيْسَ مِنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ؛ لِأَنَّ العَيْنَ المَعْقُودَ عَلَيْهَا وَاحِدَةٌ وَلَيْسَتْ مُتَعَدِّدَةً.

مَسْأَلَةٌ: مِنَ القَوَاعِدِ المُتَعَلِّقَةِ بِهَذَا: هَلِ العِبْرَةُ فِي العُقُودِ بِالأَلْفَاظِ وَالصِّيَغِ، أَوْ أَنَّ العِبْرَةَ فِي العُقُودِ بِالمَعَانِي وَالمَقَاصِدِ؟[1]:

فَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ الخِلَافِ، لَوْ قَالَ: بِعْتُك السَّيَّارَةَ لِمُدَّةِ سَنَةٍ؛ فَهَلْ نَقُولُ: العِبْرَةُ بِالأَلْفَاظِ، وَبِالتَّالِي هَذَا عَقْدُ بَيْعٍ وُجِدَ فِيهِ شرط يُنَافِي مقتضى العَقْدِ، وَمِنْ ثَمَّ نَأْتِي بِهِ عَلَى الخِلَافِ السَّابِقِ: الشروط المُنَافِيَةُ لمقتضى العَقْدِ هَلْ تُبْطِلُ العَقْدَ أَوْ لَا تُبْطِلُهُ؟ أَوْ نَقُولُ: العِبْرَةُ بِالمَعَانِي وَالمَقَاصِدِ، وَبِالتَّالِي فَإِنَّهُمْ وَإِنْ تَلَفَّظُوا بِلَفْظِ البَيْعِ، إِلَّا أَنَّ المُرَادَ بِهِ إِجَارَةٌ؟

---

(١) انظر: أعلام الموقعين ٣/١٤٥، الاختيار ٢/١٠٤٠، البحر الرائق ٣/٩٤، الفتاوى الهندية ٥/٢، المبسوط ٧/١٢٧، مغني المحتاج ٢/٦٨، الأشباه للسيوطي ص١٤٨، بدائع الصنائع ٢/٢٧٩، تحفة المحتاج ٢٩/٣٥٩، حاشية البجيرمي ٣/٦٤، روضة الطالبين ٦/٢٤٢، نهاية المحتاج ٤/٢١٣.

وَلَعَلَّ الأَظْهَرَ: أَنَّ العِبْرَةَ بِالمَعَانِي وَالمَقَاصِدِ؛ لِأَنَّ الأَلْفَاظَ لَيْسَ اعْتِبَارُهَا لِذَاتِهَا.

وَيَتَعَلَّقُ بِهَذَا مَسْأَلَةٌ، وَهِيَ: هَلْ أَلْفَاظُ العُقُودِ تَعَبُّدِيَّةٌ لَا يجوز تجاوزها، وَلَا تَنْعَقِدُ إِلَّا بِأَلْفَاظِهَا؟

هَذِهِ المَسْأَلَةُ لِلْعُلَمَاءِ فِيهَا ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

القَوْلُ الأَوَّلُ: أَنَّ العُقُودَ لَا تَنْعَقِدُ إِلَّا بِأَلْفَاظِهَا، وَاخْتَلَفُوا فِي عَقْدِ العُقُودِ بِغَيْرِ لُغَةِ العَرَبِ؛ فَبَعْضُهُمْ قَالَ: يُعْتَبَرُ مُقَابِلُ لَفْظِ العَقْدِ فِي كلِّ لُغَةٍ. وَبَعْضُهُمْ قَالَ: مَنْ تَمَكنَ مِنْ نُطْقِ العَرَبِيَّةِ، لَمْ يَصِحَّ مِنْهُ العَقْدُ بِغَيْرِهَا.

وَالقَوْلُ الثَّانِي: بِأَنَّ أَلْفَاظَ العُقُودِ لَيْسَتْ مِمَّا يُتَعَبَّدُ بِهِ؛ ومِنْ ثَمَّ فَإِنَّ العُقُودَ تَنْعَقِدُ بِأَيِّ لَفْظٍ دَلَّ عَلَيْهَا، وَهَذَا هُوَ قَوْلُ بعض الحنفية وقول شَيْخِ الإِسْلَامِ ابْنِ تَيْمِيَةَ وَطَائِفَةٍ.

وَالقَوْلُ الثَّالِثُ: أَنَّ عُقُودَ النِّكاحِ لَا تَنْعَقِدُ إِلَّا بِأَلْفَاظِهَا، وَأَمَّا العُقُودُ المَالِيَّةُ المَحْضَةُ فَإِنَّهَا تَنْعَقِدُ بِأَيِّ لَفْظٍ يَدُلُّ عَلَيْهَا. وَهَذَا هُوَ قَوْلُ الجُمْهُورِ، قَالُوا: لِأَنَّ النِّكاحَ مِمَّا فِيهِ خَطَرٌ عَظِيمٌ، وَمِمَّا فِيهِ اسْتِحْلَالٌ لِلأَبْضَاعِ، وَمِنْ ثَمَّ اشْتَرَطُوا التَّقَيُّدَ بِأَلْفَاظِهَا، بِخِلَافِ غَيْرِهَا مِنَ العُقُودِ، قَالُوا: فَعَقْدُ النِّكاحِ لَا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِلَفْظِ التَّزْوِيجِ وَالإِنْكاحِ.

وحينئذ لَوْ قَالَ لَهُ: وَهَبْتُك ابْنَتِي. هل يَكونُ عَقْدُ تَزْوِيْجٍ؟

عَلَى القَوْلِ الثَّانِي يَصِحُّ، وَيَكونُ عَقْدَ نِكاحٍ. وَعَلَى القَوْلَيْنِ الأَوَّلِ وَالثَّالِثِ لَا يَصِحُّ، وَلَا يَنْعَقِدُ بِهِ عَقْدُ النِّكاحِ.

أنواع العُقُود:

العُقُودُ لَهَا تَقْسِيمَاتٌ عَدِيدَةٌ بِاعْتِبَارَاتٍ مُخْتَلِفَةٍ(١):

---

(١) انظر: تقسيمات العقود في الفقه الإسلامي وأدلته ٥٩٨/٤، العقود ومعنى تكييفها الشرعي ص٢٠.

١) عُقُودٌ صَحِيحَةٌ، وعُقُودٌ فَاسِدَةٌ أَوْ بَاطِلَةٌ[١]**:**

مَتَى يَكونُ العَقْدُ صَحِيْحًا وَمَتَى يَكونُ العَقْدُ فَاسِدًا ؟ العَقْدُ الصَّحِيحُ: هُوَ الَّذِي تَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ آثَارُهُ، بِخِلَافِ العَقْدِ الفَاسِدِ؛ فَإِنَّهُ لَا تَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ آثَارُ العَقْدِ الصَّحِيحِ.

وَمِنْ أَمْثِلَةِ ذَلِك: عَقْدُ البَيْعِ الصَّحِيحِ تَنْبَنِي عَلَيْهِ آثَارُهُ؛ فَيَكونُ هُنَاكَ انْتِقَالٌ لِلْمِلْكِيَّةِ بَيْنَ البَائِعِ وَالْمُشْتَرِي فِي المَبِيعِ وَالثَّمَنِ، بِخِلَافِ عُقُودِ الرِّبَا؛ فَإِنَّهَا عُقُودٌ فَاسِدَةٌ، وَبِالتَّالِي لَا تَتَرَتَّبُ عَلَيْهَا آثَارُ العَقْدِ الصَّحِيحِ.

وَمِثْلُ: عُقُودِ النِّكاحِ، فَالعَقْدُ الصَّحِيحُ تَنْبَنِي عَلَيْهِ آثَارُ النِّكاحِ؛ مِنْ وُجُوبِ النَّفَقَةِ، وَحِلِّ الوَطْءِ، وثبوت نسب المولود، وَوُجُوبِ طَاعَةِ الزَّوْجِ، وَوُجُوبِ القِيَامِ بِمُتَطَلَّبَاتِ الزَّوْجَةِ، وَوُجُوبِ المَهْرِ، وَنَحْوِ هَذَا. بِخِلَافِ مَا إِذَا عَقَدَ عَلَى المَرْأَةِ عَقْدًا فَاسِدًا؛ كَعَقْدِ الشِّغَارِ، أَوِ التَّحْلِيلِ، أَوِ المُتْعَةِ، فَإِنَّهُ لَا تَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ آثَارُ العَقْدِ الصَّحِيحِ السابقة.

قَدْ يُوجَدُ فِي بَعْضِ المَسَائِلِ بَعْضُ الآثَارِ لَا لِوُجُودِ العَقْدِ، وَإِنَّمَا لِوُجُودِ أَمْرٍ آخَرَ؛ كالشُّبْهَةِ، كما لَوْ عَقَدَ عَلَيْهَا عَقْدَ مُتْعَةٍ، وَهُوَ يَجْهَلُ تَحْرِيمَ هَذَا العَقْدِ، فَإِنَّنَا نُثْبِتُ النَّسَبَ؛ لِأَنَّهُ وَطْءُ شُبْهَةٍ لَا لِصِحَّةِ العَقْدِ[٢].

مَسْأَلَةٌ: مَتَى يَكونُ العَقْدُ صَحِيحًا وَمَتَى يَكونُ العَقْدُ فَاسِدًا ؟

يَكونُ العَقْدُ صَحِيحًا إِذَا وُجِدَتْ أَرْكانُهُ وَشُرُوطُهُ، وَانْتَفَتْ مَوَانِعُهُ، وَيَكونُ العَقْدُ فَاسِدًا إِذَا انْتَفَى أَحَدُ أَرْكانِهِ، أَوْ أَحَدُ شُرُوطِهِ، أَوْ وُجِدَ أَحَدُ مَوَانِعِهِ.

هَذَا التَّقْسِيمُ - تَقْسِيمُ العُقُودِ إِلَى صَحِيحٍ وَفَاسِدٍ - هُوَ الَّذِي سَارَ عَلَيْهِ جُمْهُورُ أَهْلِ العِلْمِ، فَهُمْ لَا يُفَرِّقُونَ بَيْنَ الفَاسِدِ وَالبَاطِلِ.

---

(١) انظر: شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢١٤، مطالب أولي النهى ٣/ ٥١٢، قواعد ابن رجب (ق٤٧) ص٦٧.

(٢) انظر: الموافقات ١/ ٧١.

وَهُنَاكَ مَنْهَجٌ آخَرُ، وَهُوَ مَنْهَجُ الحَنَفِيَّةِ(١): يُفَرِّقُونَ بَيْنَ الفَاسِدِ وَالبَاطِلِ؛ فَيَقُولُونَ: البَاطِلُ مَا نُهِيَ عَنْهُ بِأَصْلِهِ وَوَصْفِهِ، بِخِلَافِ الفَاسِدِ، فَإِنَّهُ مَنْهِيٌّ عَنْهُ بِوَصْفِهِ دُونَ أَصْلِهِ. وَيُرَتِّبُونَ عَلَى ذَلِكَ أَنَّ البَاطِلَ لَا يُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ، بِخِلَافِ الفَاسِدِ فَإِنَّهُ يُمْكِنُ تَصْحِيحُهُ.

مِثَالُ ذَلِكَ: فِي عقود البيع المؤجل بأجل مجهول يَقُولُونَ: أَصْلُهَا عُقُودُ بَيْعٍ، وَبِالتَّالِي فَإِنَّنَا يُمْكِنُ أَنْ نُصَحِّحَ العَقْدَ بِجَعْلِهِ عَلَى مقتضى الشرع بتحديد وقته، فَيَكُونُ عَقْدًا فَاسِدًا وَلَيْسَ بَاطِلًا ما دام لم يحدد أجل التسليم فيه.

وَالجُمْهُورُ لَا يَرْتَضُونَ هَذَا التَّقْسِيمَ، وَيَقُولُونَ بِأَنَّ الانْفِكَاكَ بَيْنَ الأَصْلِ وَالوَصْفِ إِنَّمَا هُوَ فِي الذِّهْنِ، أَمَّا مَا فِي الخَارِجِ فَإِنَّهُ لَا يُوجَدُ أَصْلٌ إِلَّا مَعَهُ وَصْفُهُ، وَمِنْ ثَمَّ لَا يُتَصَوَّرُ الانْفِكَاكُ بَيْنَهُمَا فِي الخَارِجِ، وَأَحْكَامُ الشريعة إِنَّمَا تُطَبَّقُ عَلَى مَا فِي الوَاقِعِ وَالخَارِجِ، وَلَا تُطَبَّقُ عَلَى مَا فِي الذِّهْنِ، وَمِنْ هُنَا فَإِنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ الانْفِكَاكُ وفِي الخَارِجِ بَيْنَ أَصْلِ العَقْدِ وَوَصْفِهِ(٢).

٢) كَذَلِكَ يُمْكِنُ تقسيم العُقُودِ باعتبار المَالِيَّةِ:

إِلَى عُقُودٍ مَالِيَّةٍ؛ كالبَيْعِ وَالإِجَارَةِ، وَعُقُودٍ غَيْرِ مَالِيَّةٍ؛ مِنْ مِثْلِ: عَقْدِ الهُدْنَةِ، وَهُنَاكَ عُقُودٌ تَدْخُلُ فِيهَا الأَمْوَالُ لَكِنْ لَيْسَ عَلَى جِهَةِ الأَصَالَةِ، وَإِنَّمَا عَلَى جِهَةِ التَّبَعِيَّةِ؛ مِثْلُ: عُقُودِ النِّكَاحِ.

٣) تقسيمها إلى عُقُودٍ نَافِذَةٍ وَعُقُودٍ مَوْقُوفَةٍ:

فَالعُقُودُ النَّافِذَةُ فِي الحَالِ؛ مِثْلُ: عَقْدِ البَيْعِ مِنَ المَالِك.

---

(١) البحر الرائق ٦/٧٥، العناية شرح الهداية ٩/٩٠، تيسير التحرير ١/١٩٥.

وقد يفرق الجمهور بين الفاسد والباطل في مواطن قليلة، كالنكاح والحج. انظر: الشرح الكبير لابن قدامة ٩/٩٥، المغني ٧/٣٤٢، القواعد والفوائد الأصولية للبعلي ص١٥٤، المنثور ٣/٧.

(٢) انظر: البحر المحيط ١/٢٥٧، تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد للعلائي ص٧٢.

وَعُقُودٌ مَوْقُوفَةٌ -يَعْنِي: مَبْنِيَّةٌ عَلَى أُمُورٍ خَارِجَةٍ عَنْهَا- ، وَمِنْ أَمْثِلَتِهِ يُمَثِّلُ بَعْضُهُمْ بِـ: بَيْعِ المَحْجُورِ عَلَيْهِ ، لَوْ حُجِرَ عَلَى إِنْسَانٍ بِسَبَبِ مُطَالَبَةِ أَهْلِ الدُّيُونِ ، ثُمَّ تَصَرَّفَ بِتَصَرُّفٍ ، فَإِنَّ تَصَرُّفَهُ وَبَيْعَهُ وَشِرَاءَهُ مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَازَةِ أَصْحَابِ الحُقُوقِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتَصَرَّفُ بِتَصَرُّفٍ فِي مَصْلَحَتِهِمْ .

مِثَالٌ آخَرُ: أَرْضٌ قِيمَتُهَا عشرة آلَافٍ يَمْلِكهَا المَحْجُورُ عَلَيْهِ ، فَبَاعَهَا بِخَمْسِينَ أَلْفًا ، فَمِنْ مَصْلَحَةِ الغُرَمَاءِ إِتْمَامُ هَذَا العَقْدِ وَعَدَمُ إِلْغَائِهِ . وَمِثْلُهُ أَيْضًا: مَا لَوْ تَصَرَّفَ فِي الرَّهْنِ .

٤) تقسيمها بحسب محلّ العقد:

حَيْثُ يُمْكِنُ تَقْسِيمُ العُقُودِ إِلَى عُقُودٍ وَارِدَةٍ عَلَى مَا فِي الذِّمَّةِ ؛ بِحَيْثُ يَكُونُ المَعْقُودُ عَلَيْهِ غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، بَلْ عَلَى فَرْدٍ مِنْ جِنْسٍ كُلِّيٍّ ، وَمِنْ أَمْثِلَتِهِ:

النوع الأول: عَقْدُ السَّلَمِ ؛ فَهُوَ يَبِيعُهُ عشرين صَاعًا مِنْ بُرٍّ ، وَقَدْ تَكُونُ هَذِهِ الآصُعُ مِنَ البُرِّ لَمْ تُوجَدْ بَعْدُ ، فَهِيَ غَيْرُ مُعَيَّنَةٍ .

وَالنَّوْعُ الثَّانِي: عُقُودٌ وَارِدَةٌ عَلَى أَعْيَانٍ مُعَيَّنَةٍ ؛ كَمَا لَوْ بَاعَهُ هَذِهِ السَّيَّارَةَ بِعَيْنِهَا .

وَالنَّوْعُ الثَّالِثُ: عُقُودٌ تَتَعَيَّنُ بِتَعْيِينِ صَاحِبِهَا ؛ كَمَا لَوْ كَانَ عِنْدَهُ صُبْرَةٌ مِنْ طَعَامٍ ، طَعَامٌ مُكَوَّمٌ ، فَبَاعَهُ صَاعًا مِنْ هَذِهِ الصُّبْرَةِ ، فَهُنَا الصَّاعُ غَيْرُ مُعَيَّنٍ ، لَكِنَّهُ يَتَعَيَّنُ بِتَعْيِينِ صَاحِبِهِ .

٥) تنقسم العقود إلى عقود اختيارية وعقود قهرية:

العُقُودُ الِاخْتِيَارِيَّةُ: مِثْلُ: عَقْدِ البَيْعِ .

وَهُنَاكَ عُقُودٌ قَهْرِيَّةٌ: تَلْزَمُ المُتَعَاقِدَ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مُوَافِقًا عَلَيْهَا ، مِثْلُ: الشُّفْعَةِ ، لَوْ قَالَ المُشْتَرِي أَنَا لَا أَقْبَلُ بِالشُّفْعَةِ . نَقُولُ: لَا يُنْظَرُ إِلَى رِضَاكَ وَلَا إِلَى قَبُولِكَ .

٦) تنقسم أيضاً إلى عقود مسمّاة وعقود غير مسمّاة[1]:

العُقُودُ المُسَمَّاةُ هي العقود المعروفة عِنْدَ الفُقَهَاءِ ؛ مِثْلُ: عَقْدِ المُسَاقَاةِ ، وَعَقْدُ الوَكَالَةِ ، وَعَقْدُ البَيْعِ .

---

(١) أبحاث هيئة كبار العلماء ٤/ ٣٢٥ ، العقود المسماة للدكتور محمد الزحيلي ص١٨ ، وقد تقدم الكلام عن ذلك في فقرة (العقود الجديدة) .

وَإِلَى عُقُودٍ غَيْرِ مُسَمَّاةٍ: وَهِيَ العُقُودُ الجَدِيدَةُ الَّتِي لَمْ تكنْ مَعْرُوفَةً عِنْدَ المُتَقَدِّمِينَ.

مَسْأَلَةٌ: اخْتَلَفَ الفُقَهَاءُ فِي العُقُودِ الجَدِيدَةِ غَيْرِ المُسَمَّاةِ كَيْفَ يُتَصَرَّفُ مَعَهَا ؟

فَقَالَتْ طَائِفَةٌ: بِأَنَّنَا نخرجها عَلَى العُقُودِ المُتَقَدِّمَةِ، وَلَا نُحْدِثُ عَقْدًا جَدِيدًا.

بَيْنَمَا هُنَاكَ طَائِفَةٌ مِنَ العُلَمَاءِ قَالُوا: يُمْكِنُ أَنْ تُوجَدَ عُقُودٌ جَدِيدَةٌ نَتِيجَةً لِلْمَزْجِ بَيْنَ عَقْدَيْنِ مُتَقَدِّمَيْنِ وَنَحْوِ ذَلِكَ.

وَقَالَ آخَرُونَ: بِأَنَّ الأَصْلَ فِي العُقُودِ هُوَ الصِّحَّةُ، فَكلَّمَا جَاءَنَا عَقْدٌ جَدِيدٌ فَالأَصْلُ فِيهِ أَنْ يَكونَ صَحِيحًا.

٧) تقسيمها باعتبار العوض[(١)]:

تنقسم العقود إلى عقود معاوضات؛ مِثْلُ البَيْعِ. وَهُنَاكَ عُقُودُ تَبَرُّعَاتٍ: مِثْلُ الهِبَةِ. وَهُنَاكَ عُقُودٌ لَهَا مَعْنَى التَّبَرُّعِ ابْتِدَاءً وَمَعْنَى المُعَاوَضَةِ انْتِهَاءً.

٨) تقسيم العقود باعتبار لزومها وعدم لزومها[(٢)]:

ويُمْكنُ تَقْسِيمُ العقود إِلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ:

الأُولَى: عُقُودٌ لَازِمَةٌ: وَهِيَ الَّتِي يجب عَلَى المُتَعَاقِدِ المضيُ فِي العَقْدِ، وَلَا يَتَمَكنُ مِنْ فَسْخِ العَقْدِ بِإِرَادَةٍ مُسْتَقِلَّةٍ، مِثْلُ: عَقْدِ البَيْعِ.

وَالنَّوْعُ الثَّانِي: عُقُودٌ جَائِزَةٌ: وَهِيَ الَّتِي يَتَمَكنُ كلُّ وَاحِدٍ مِنَ المُتَعَاقِدَيْنِ مِنْ فَسْخِ العَقْدِ بِدُونِ الرُّجُوعِ إِلَى العَاقِدِ الآخِرِ، مِثْلُ: عَقْدِ الوَكالَةِ؛ فَكلُّ وَاحِدٍ مِنَ الوَكيلِ وَالمُوَكلِ يُمْكنُهُ فَسْخُ العَقْدِ.

---

(١) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ١٥/٢٩، المنتقى للباجي ٣٦٤/٣، المسالك في شرح موطأ مالك لابن العربي ١١٣/٦، بداية المجتهد ٥١٢/١

(٢) إعانة الطالبين ١٢٢/٣..

النَّوْعُ الثَّالِثُ: العُقُودُ اللَّازِمَةُ مِنْ أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ دُونَ الآخَرِ: قَدْ يُمَثِّلُونَ لَهُ بِعَقْدِ المُسَابَقَةِ، وَمِثْلُهُ: عَقْدُ المُكاتَبَةِ؛ فَإِنَّ السَّيِّدَ يَلْزَمُهُ المُضِيُّ فِي هَذَا العَقْدِ، وَلَا يجوزُ لَهُ فَسْخُهُ، بَيْنَمَا المُكاتَبُ يَحِقُّ لَهُ فَسْخُ العَقْدِ وَتَعْجِيزُ نَفْسِهِ.

٩) تقسيمها إلى عقود فورية وعقود مؤجلة[١]:

العُقُودُ الفَوْرِيَّةُ: وَهِيَ المُنْجَزَةُ فِي الحَالِ؛ مِثْلُ: عَقْدِ البَيْعِ.

وَهُنَاكَ عُقُودٌ مُؤَجَّلَةٌ: وَالتَّأْجِيلُ عَلَى نَوْعَيْنِ: تَأْجِيلٌ لِلْقَبُولِ؛ كَمَا فِي الوَصِيَّةِ. وَتَأْجِيلٌ لِتَنْفِيذِ العَقْدِ؛ كَمَا لَوْ أَجَّرَهُ بَيْتَهُ ابْتِدَاءً مِنْ شَهْرِ رَمَضَانَ، فَهُنَا حَصَلَ إِيجَابٌ وَقَبُولٌ فِي شَهْرِ مُحَرَّمٍ، لَكِنَّ العَقْدَ لَا يَبْتَدِئُ إِلَّا بِشَهْرِ رَمَضَانَ. وَيُعْتَبَرُ العَقْدُ صَحِيحًا وَنَافِذًا وَلَازِمًا مُنْذُ عَقْدِهِ، بِخِلَافِ الوَصِيَّةِ؛ فَإِنَّ العَقْدَ هُنَاكَ لَا يَلْزَمُ إِلَّا بِالقَبُولِ، وَقَبْلَ مَوْتِ المُوصِي يَتَمَكَّنُ مِنَ الرُّجُوعِ فِي الوَصِيَّةِ، بِخِلَافِ عَقْدِ البَيْعِ.

١٠) تقسيمها إلى عقود مطلقة وعقود مؤقتة:

العُقُودُ المُطْلَقَةُ: وَهِيَ الَّتِي لَمْ يُحَدَّدْ لَهَا وَقْتٌ؛ مِثْلُ: عَقْدِ البَيْعِ.

وَهُنَاكَ عُقُودٌ مُؤَقَّتَةٌ: مِنْ أَمْثِلَتِهِ: مَا لَوْ أَجَّرَهُ بَيْتَهُ لِمُدَّةِ خَمْسِ سَنَوَاتٍ.

مَسْأَلَةٌ: وَقَدِ اخْتَلَفَ الفُقَهَاءُ فِي العُقُودِ المُؤَقَّتَةِ: هَلْ لَهَا حَدٌّ أَوْ لَا؟

فَقَالَتْ طَائِفَةٌ: لَابُدَّ أَنْ تَكُونَ أَقَلَّ مِنْ ثَلَاثِينَ سَنَةٍ، وَالجُمْهُورُ عَلَى أَنَّ الأَصْلَ فِي العُقُودِ صِحَّتُهَا وَعَدَمُ تَحْدِيدِ مُدَّةٍ لِوَقْتِ العَقْدِ[٢].

---

(١) التجارة في الإسلام لعبدالسميع المصري ص٦٢، بحوث في المعاملات لعبدالستار أبوغدة ص١٥١-١٥٥.

(٢) عمدة القاري ٤٨٣/١٨، الإفصاح لابن هبيرة ٢٩/٢، بدائع الصنائع ١٨١/٤، شرح الخرشي ١١/٧، المهذب ٣٩٦/١، المغني ٧/٦.

١١) تقسيم الفقهاء للعقود بتقسيمات أخرى:

يَقُولُ بَعْضُ العُلَمَاءِ: تَنْقَسِمُ العُقُودُ باعتبار آثارها إِلَى سِتَّةِ أَقْسَامٍ(١):

عُقُودُ تَمْلِيكاتٍ: مِثْلُ البَيْعِ.

وَعُقُودُ مُشَارَكةٍ: مِثْلُ الشركات، وَالمُسَاقَاةِ، وَالمُغَارَسَةِ، وَالمُزَارَعَةِ.

وَعُقُودُ تَفْوِيضٍ وَإِطْلَاقٍ: مِثْلُ عَقْدِ الوَكَالَةِ.

وَعُقُودُ تَوْثِيقٍ: مِثْلُ الضَّمَانِ، وَالكفَالَةِ.

وَعُقُودُ حِفْظٍ: مِثْلُ عَقْدِ الوَدِيعَةِ.

عُقُودُ الإِسْقَاطَاتِ: وهي التي يترتب عليها إسقاط حق مثل الصلح.

كما يقسم بعضهم العقود إلى عقود مباحة وعقود محرمة(٢)، بينما يرى آخرون تقسيمها إلى ثلاثة أقسام: مباحة من الجانبين كالبيع، أو محرمة من الجانبين كبيع الخمر، أو أن يكون مباحاً من أحد الجانبين محرماً من الجانب الآخر(٣).

آثار العقود:

مَاذَا يَتَرَتَّبُ عَلَى العَقْدِ(٤)؟

كُلُّ عَقْدٍ مِنَ العُقُودِ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ آثَارٍ، وَلَكِنَّ آثَارَ العُقُودِ مُتَفَاوِتَةٌ مُخْتَلِفَةٌ بِاخْتِلَافِ نَوْعِ العَقْدِ، وَبِاخْتِلَافِ مَحَلِّ العَقْدِ.

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٤/٢٤٤، المدخل الفقهي العام ١/٥٨٣.

(٢) انظر: عون المعبود ٦/١٦٦، جامع المسائل لابن تيمية ١/٢٤٦، حاشية ابن القيم على سنن أبي داود ٦/١٦٦.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/١٨١.

(٤) انظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ٥/٢١٣، الفقه الإسلامي وأدلته ٤/٥٨٦، الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٠/٢٣٩، المجموع ١٢/٢٠٧، تحفة المحتاج ٢٢/١٥٥، إبهاج العقول في علم الأصول ص١٦٥، الأمنية في إدراك النية ص٤٠، المنثور ٢/٤٠٨.

١- **(مَا يَتَعَلَّقُ بِالمِلْكِيَّةِ)**: فَهُنَاكَ العَدِيدُ مِنَ العُقُودِ يَتَرَتَّبُ عَلَيْهَا آثَارٌ مُتَعَلِّقَةٌ بِالمِلْكِيَّةِ؛ فَالبَيْعُ مثلاً تَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ آثَارُ انْتِقَالِ المِلْكِيَّةِ بَيْنَ البَائِعِ وَالمُشْتَرِي.

٢- **(حِلُّ الانْتِفَاعِ أَوِ الاسْتِمْتَاعِ)**: هَذِهِ مِنْ آثَارِ كثيرٍ مِنَ العُقُودِ؛ مِثْلُ: عَقْدِ البَيْعِ يَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ حِلُّ الانْتِفَاعِ، وَعَقْدِ النِّكَاحِ كذَلِك، وَعَقْدِ الإِجَارَةِ.

٣- **(إِمْكَانِيَّةُ التَّصَرُّفِ)**: فَإِنَّ العَقْدَ يَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ أَنْ يُخَوِّلَ المُتَعَاقِدُ بِشَيْءٍ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ مَبْنِيَّةٍ عَلَى العَقْدِ الأَوَّلِ؛ عَقْدُ الإِجَارَةِ يُخَوِّلُ لِلْمُسْتَأْجِرِ شَيْئًا مِنَ التَّصَرُّفَاتِ فيحقُّ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يُؤَجِّرَ، هَذَا تَصَرُّفٌ فِي المَنْفَعَةِ مَبْنِيٌّ عَلَى العَقْدِ الأَوَّلِ.

٤- **(الأَحَقِّيَّةُ فِي تَوْثِقَةِ الحُقُوقِ)**: فَإِنَّ كلًّا مِنَ المُتَعَاقِدَيْنِ يَحِقُّ لَهُ أَنْ يَسْعَى لِتَوْثِيقِ حُقُوقِهِ؛ سَوَاءٌ تِلْك الحُقُوقُ الَّتِي يَتكوَّنُ مِنْهَا العَقْدُ، أَوِ المُتَرَتِّبَةُ عَلَيْهِ.

انتهاء العقد[1]:

لانتهاء العقد أسباب منها:

١- **انْتِهَاءُ مُدَّةِ العَقْدِ المؤقتة**: العُقُودُ قَدْ تكونُ دَائِمَةً أَوْ مُطْلَقَةً، وَقَدْ تكونُ مُؤَقَّتَةً -كما تَقَدَّمَ-، فَالمُؤَقَّتَةُ تَنْتَهِي بِانْتِهَاءِ مُدَّتِهَا؛ مِثْلُ: عَقْدِ الإِجَارَةِ: كمن أَجَّرَ الأَرْضَ مِائَةً وَخَمْسِينَ سَنَةً، المُسْتَأْجِرُ أَصْبَحَ مِمَّنْ يحق لَهُ الانْتِفَاعُ بِالأَرْضِ، هَلْ يَمْلِكهَا ؟ نَقُولُ: لَا يَمْلِك الأَرْضَ، مَتَى يَنْتَهِي هَذَا العَقْدُ ؟ بِانْتِهَاءِ مُدَّتِهِ وَلَوْ طَالَتْ. إذن مِنْ أَسْبَابِ انْتِهَاءِ العُقُودِ: انْتِهَاءُ المُدَّةِ.

٢- **وُجُودُ الخِيَارِ**: فَإِنَّ الخِيَارَ لِمَنْ لَهُ حَقُّ الخِيَارِ يُنْهِي العَقْدَ، مِثَالُ ذَلِك: مَا لَوْ تَعَاقَدَ مَعَهُ وَفِي أَثْنَاءِ المَجْلِسِ اخْتَارَ عَدَمَ المُضِيِّ فِي العَقْدِ، فَنَقُولُ حِينَئِذٍ: يحقُ لِلْمُتَعَاقِدِ أَنْ يَفْسَخَ

(١) غمز عيون البصائر ٤٩١/٢، الفروق ٩٦٢/٣، بدائع الصنائع ٢٩٨/٥، أبحاث هيئة كبار العلماء ٢٥٥/٥، الفقه الإسلامي وأدلته ٦٢٧/٤، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٣٩/٣٠، الإنصاف ٣٩٠/٤، قواعد ابن رجب (ق ٤٣) ص٥٧.

العَقْدَ بِمَجْلِسِ العَقْدِ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ أَقْوَالِ أَهْلِ العِلْمِ[١] -كما هُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ وأحمد- لِحَدِيثِ: (**البَيِّعَانِ بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا**)[٢]، كما في «الصَّحِيحَيْنِ» مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ.

وَمِثْلُهُ أَيْضًا: فِي خِيَارِ الشرْطِ؛ لَوِ اشْتَرَى مِنْهُ سَيَّارَةً، وَاشتَرَطَ أَنَّ لَهُ الخِيَارَ لِمُدَّةِ يَوْمَيْنِ. فَنَقُولُ حِينَئِذٍ: إِذَا اخْتَارَ المُتَعَاقِدُ فَسْخَ العَقْدِ وَعَدَمَ إِمْضَائِهِ، فَإِنَّهُ يَحِقُّ لَهُ ذَلِك.

تَنْبِيهٌ: هُنَاكَ عُقُودٌ لَا يَصِحُّ تَوْقِيتُهَا وَلَا وَضْعُ خِيَارٍ فِيهَا: مِثْلُ عَقْدِ النِّكَاحِ؛ فَإِذَا وَقَّتَ العاقد عَقْدَ النِّكَاحِ كانَ نِكَاحَ مُتْعَةٍ يُمْنَعُ مِنْهُ، وَلَيْسَ مِنَ الأَنْكِحَةِ أَوِ العُقُودِ الصَّحِيحَةِ.

مَسْأَلَةٌ: هَلْ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ خِيَارٌ؟

امْرَأَةٌ تَزَوَّجَتْ بِرَجُلٍ، وَاشْتَرَطَتْ أَنَّ لَهَا حَقَّ فَسْخِ النِّكَاحِ، نَقُولُ: مختلف فيه والجمهور على فساده، وقيل بأنه شرط صَحِيحٌ، وَتَمْلِك فَسْخَ العَقْدِ.

٣- **فَسْخُ العَقْدِ الجَائِزِ:** فالعقود الجائزة يحق للمتعاقد انهاؤها، كما لو وَكلَهُ فِي وَكالَةٍ بِتَصَرُّفٍ، ثُمَّ اتَّصَلَ عَلَيْهِ بَعْدَ سَاعَةٍ فَإِذَا بِهِ يُخاصِمُهُ وَيَتكلَّمُ عَلَيْهِ، رَافِعًا صَوْتَهُ، فَقَالَ: سَأَفْسَخُ هَذِهِ الوَكالَةَ؛ إِذَنْ مِنْ أَنْوَاعِ انْتِهاءِ العُقُودِ: فَسْخُ العَقْدِ، لَكنْ هَذَا فِي العُقُودِ الجَائِزَةِ.

٤- **الإِقَالَةُ:** بِأَنْ يُوجَدَ هُنَاكَ تَوَافُقٌ مِنَ المُتَعَاقِدَيْنِ عَلَى إِلْغَاءِ العَقْدِ.

٥- **هَلَاكُ المَعْقُودِ عَلَيْهِ:** كما لو اسْتَأْجَرَ مِنْهُ سَيَّارَةً، فَجَاءَتْهَا صَاعِقَةٌ مِنَ السَّمَاءِ فَأَحْرَقَتْهَا وَأَتْلَفَتْهَا، وَهُوَ قَدْ اسْتَأْجَرَ السَّيَّارَةَ لِمُدَّةِ خَمْسِ سَنَوَاتٍ، وَالصَّاعِقَةُ أَتَتْ بَعْدَ

---

(١) انظر: الاستذكار ٦/٤٧٦، شرح النووي على مسلم ١٠/١٧٣، طرح التثريب ٦/٣٩٧.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب البيوع- باب النهي عن تلقي الركبان وأن بيعه مردود (٢١٦٢)، ومسلم في كتاب البيوع- باب تحريم بيع الحاضر للبادي (١٥٢٣)، من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه.

العَقْدِ بِشَهْرَيْنِ، نَقُولُ: يَنْفَسِخُ العَقْدُ وَيَنْتَهِي، وَلَا يَسْتَحِقُّ أُجْرَةً إِلَّا على الشَّهْرَيْنِ المَاضِيَيْنِ فَقَطْ.

قَالَ المُؤَجِّرُ: أَنَا قَدْ سَلَّمْتُك السَّيَّارَةَ، وَعَقَدْتُ مَعَك خَمْسَ سَنَوَاتٍ، فَيَلْزَمُك أَنْ تَدْفَعَ لِي أُجْرَةَ خَمْسِ سَنَوَاتٍ. نَقُولُ: لَا يُلْتَفَتُ لِهَذَا؛ لِأَنَّ السِّلْعَةَ في عقود الأمانات تَتْلَفُ فِي مِلْك صَاحِبِهَا وَضَمَانِهِ، إِذَا لَمْ يَحْصُلْ هُنَاك تَعَدٍّ وَلَا تَفْرِيطٍ.

٦- **الاسْتِحْقَاقُ**: إِذَا تَبَيَّنَ أَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ مُسْتَحَقٌّ، فَالاسْتِحْقَاقُ يُنْهِي العَقْدَ وَيُلْغِيهِ، وَالمُرَادُ بِالِاسْتِحْقَاقِ: هُوَ تَبَيُّنُ أَنَّ السِّلْعَةَ المَعْقُودَ عَلَيْهَا لَيْسَتْ مَمْلُوكَةً لِلْعَاقِدِ، وَلَا مَأْذُونًا لَهُ بِالتَّصَرُّفِ فِيهَا، كَمَا لَوْ قُلْتُ: أَبِيعُك هَذَا الشِّمَاغَ. فَقَبِلْتَ، فَقَدْ تَمَّ العَقْدُ، ثُمَّ تَبَيَّنَ بَعْدَ ذَلِك أَنَّ هَذَا الشِّمَاغَ لَيْسَ مَمْلُوكا لِلْبَائِعِ، بَلْ هُوَ قَدْ غَصَبَهُ أَوْ سَرَقَهُ، فَحِينَئِذٍ نَقُولُ: يَنْتَهِي العَقْدُ؛ وَذَلِك لِأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّ العَيْنَ المَعْقُودَ عَلَيْهَا مُسْتَحَقَّةٌ.

مَسْأَلَةٌ: مَبْدَأُ الانْعِطَافِ وَعِلَاقَتُهُ بِالعَقْدِ:

عِنْدَ فُقَهَاءِ الشريعة مَبْدَأٌ يُسَمُّونَهُ الانْعِطَافَ؛ بِحَيْثُ أَنَّ الحُكْمَ الحَاضِرَ يَعُودُ عَلَى مَا مضى، يُسَمُّونَهُ الِانْعِطَافُ.

وَهُنَاك أَحْكَامٌ عَدِيدَةٌ تُمَاثِلُ هَذَا الانْعِطَافَ -وَأَكْثَرُ مَنْ أَشَارَ إِلَيْهَا عُلَمَاءُ القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ-، وَنُمَثِّلُ لِهَذَا بِمِثَالٍ: عَقَدَ عَلَى امْرَأَةٍ وَأَعْطَاهَا مَهْرًا السَّيَّارَةَ الفُلَانِيَّةَ، فَأَخَذَتِ السَّيَّارَةَ وَبَدَتْ تُؤَجِّرُهَا، وَبَعْدَ السَّنَةِ تبين أنه أخوها من الرضاع -وَهُوَ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا- السَّيَّارَةُ تَعُودُ للرجل، وَفِي المُدَّةُ المَاضِيَةُ بَيْنَ تَارِيخِ العَقْدِ الَّذِي سُلِّمَتْ فِيهِ السَّيَّارَةُ وَتَارِيخِ الفرقة كانَتِ المَرْأَةُ قَدْ أَجَّرَتِ السَّيَّارَةَ، وَأَخَذَتْ لَهَا أَمْوَالًا طَائِلَةً، نَقُولُ: نَتَبَيَّنُ بِذَلِك أَنَّ مِلْك السَّيَّارَةِ فِي تِلْك المُدَّةِ للزوج، والأجرة تَكونُ لِلزَّوْجِ، وَبِالتَّالِي يَقُولُونَ: تَكونُ الأُجْرَةُ فِي المُدَّةِ المَاضِيَةِ لِلزَّوْجِ، وَيَلْزَمُ المرأة أَنْ تَدْفَعَهَا، فانعطف الحكم على المدة الماضية.

ومثل هذه المسألة: الملك المراعى؛ ومن أمثلته ملك الملتقط للقطة ملك مراعى يزول بمجيء صاحبها، ومثله ملك المشتري في بيع الخيار، ملك مراعى لأنه يزول باختيار النسخ[١].

مَا يَدْخُلُ فِي العُقُودِ وَمَا لَا يَدْخُلُ فِيهَا (توابع العقد):

نُشِيرُ هُنَا إِلَى أَنَّ مِمَّا يُعْنَى بِهِ العُلَمَاءُ بَيَانَ مَا يَدْخُلُ فِي العُقُودِ وَمَا لَا يَدْخُلُ، فَإِذَا بَاعَ عَقَارًا أَوْ بَيْتًا مَاذَا يَدْخُلُ فِي العَقْدِ؟ هَلْ تَدْخُلُ الأَبْوَابُ، هَلْ تَدْخُلُ الفُرُشُ، هَلْ تَدْخُلُ المُكَيِّفَاتُ، هَلْ تَدْخُلُ المَفَاتِيحُ، هَلْ تَدْخُلُ الدَّوَالِيبُ، هَلْ تَدْخُلُ الكَرَاسِي؟ هَذَا مِنْ آثَارِ العُقُودِ، وَقَدْ عُنِيَ العُلَمَاءُ بِبَحْثِ هَذَا فِي بَابِ بَيْعِ الأُصُولِ وَالثِّمَارِ، ولَهُمْ تَفْصِيلَاتٌ كَثِيرَةٌ فِي ذَلِك.

مَجَالَاتُ التَّأْلِيفِ فِي نَظَرِيَّةِ العُقُودِ:

هَذِهِ النَّظَرِيَّةُ -نَظَرِيَّةُ العَقْدِ- اعْتَنَى بِهَا الفُقَهَاءُ المُعَاصِرُونَ، وَوُجِدَ فِيهَا مُؤَلَّفَاتٌ عَدِيدَةٌ، مِنْ أَشْهَرِ هَذِهِ المُؤَلَّفَاتِ:

١- كِتَابُ «المِلْكِيَّةُ وَنَظَرِيَّةُ العَقْدِ» لِلشَّيْخِ مُحَمَّد أَبِي زَهْرَة.

٢- وَكِتَابُ «الأَمْوَالُ وَنَظَرِيَّةُ العَقْدِ فِي الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ» لِلدُّكْتُور مُحَمَّد يُوسُف مُوسَى.

٣- وَ «نَظَرِيَّةُ العَقْدِ فِي الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ» لِمُحَمَّد سَلَامَة.

٤- وَ «نَظَرِيَّةُ العَقْدِ وَالخِيَارَاتِ فِي الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ» لِلدُّكْتُور عَبْدِ العَزِيزِ الخَيَّاط.

٥- وَ «نَظَرِيَّةُ العَقْدِ» لِلشَّيْخِ عَلِيٍّ الخَفِيفِ.

٦- وَ «نَظَرِيَّةُ العَقْدِ وَالتَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ» لِلدُّكْتُور محمد أحمد سراج.

---

(١) انظر: فتاوى ابن حجر الهيتمي ١٤١/٣، حاشية الجمل ١١٥/٧، حاشية قليوبي ٦٩/٣، حاشية الروض لابن قاسم ٤٩٣/٥.

٧- وَ « نَظَرِيَّةُ العَقْدِ فِي الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ » لِلدُّكْتُور أحمد فَهْمِي أَبِي سِنَّة.

٨- كِتَابُ « نَظَرِيَّةُ العَقْدِ » لِلْقُرَّهْ دَاغِي.

٩- كتاب « نظرية العقد » للسنهوري.

١٠- و« الوجيز في العقد » لعبد الهادي العطاني.

١١- مِثْلُهُ أَيْضًا « صِيَغُ العُقُودِ فِي الفِقْهِ » لِلدُّكْتُور صَالِح الغَلِيقَة.

١٢- وَ« نَظَرِيَّةُ العَقْدِ وَالخِيَارَاتِ فِي الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ » لِلدُّكْتُور سُلَيْمَان الجَرُوشِيّ.

١٣- وَ« نَظَرِيَّةُ العَقْدِ فِي الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ » مَحْمُود مُحَمَّد حُسَيْن.

١٤- وَ« نَظَرِيَّةُ العَقْدِ فِي الشريعة وَالقَانُونِ » لِلدُّكْتُور عَبْدِ المُنْعِمِ الصَّدَّة.

١٥- « تَارِيخُ الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ وَنَظَرِيَّةُ المِلْكِيَّةِ وَالعُقُودِ » لِلدُّكْتُور بَدْرَان أَبِي العَيْنَيْنِ.

المُقَارَنَةُ بَيْنَ الطَّرِيقَةِ الفِقْهِيَّةِ وَالقَانُونِيَّةِ فِي دِرَاسَةِ هَذِهِ النظرية:

هُنَاكَ العَدِيدُ مِنَ الفُرُوقِ بَيْنَ الدِّرَاسَةِ الفِقْهِيَّةِ وَالقَانُونِيَّةِ لِنَظَرِيَّةِ العَقْدِ، يُمْكِنُ أَنْ نُورِدَ مِنْهَا نَمَاذِجَ:

الفَرْقُ الأَوَّلُ: أَنَّ الدِّرَاسَةَ الفِقْهِيَّةَ فِيهَا الْتِفَاتٌ لِلْجَانِبِ الأَخْلَاقِيِّ؛ وَلِذَلِكَ هُنَاكَ مُسْتَحَبَّاتٌ وَمَكْرُوهَاتٌ، بِخِلَافِ الدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ؛ فَإِنَّهَا لَا تَلْتَفِتُ لِهَذَا الجَانِبِ، وَإِنَّمَا تَنْظُرُ إِلَى الحُقُوقِ مُجَرَّدَةً.

مِنْ أَمْثِلَةِ هَذَا: أَنَّ الفُقَهَاءَ يَنُصُّونَ عَلَى أَنَّ الإِقَالَةَ مُسْتَحَبَّةٌ لِلْمُقِيلِ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: **(مَنْ أَقَالَ مُسْلِمًا أَقَالَ اللهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ القِيَامَةِ)**[1]. وَمِثْلُ هَذَا لَا تَجِدُهُ فِي دِرَاسَاتِ القَانُونِيِّينَ.

---

(١) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع- باب في فضل الإقالة (٣٤٦٠)، وابن ماجه في كتاب التجارات- باب الإقالة (٢١٩٩)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وصححه الألباني في « مشكاة المصابيح » (٢٨٨١).

الفَرْقُ الثَّانِي: فِي الالْتِفَاتِ إِلَى الآثَارِ الأُخْرَوِيَّةِ ؛ فَإِنَّ البَحْثَ الشرعي وَالفِقْهِيَّ لِمَسَائِلِ العُقُودِ يُشَارُ فِيهِ إِلَى عَدَدٍ مِنَ الأُمُورِ الأُخْرَوِيَّةِ ؛ مِنْ هُنَا يَذْكُرُونَ تَحْرِيمَ الرِّبَا ، وَالعُقُوبَاتِ الشرعية الوَارِدَةَ فِي هَذَا البَابِ ، بِخِلَافِ البَحْثِ القَانُونِيِّ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَلْتَفِتُ إِلَى البُعْدِ الأُخْرَوِيِّ لِمَسَائِلِ العُقُودِ .

الفَرْقُ الثَّالِثُ: فِي التَّفْرِيقِ بَيْنَ الدِّرَاسَةِ الفِقْهِيَّةِ وَالقَانُونِيَّةِ: أَنَّ الدِّرَاسَةَ الفِقْهِيَّةَ مُقَيَّدَةٌ بقيود فِي الشرع ، فَهُنَاك مُبَاحَاتٌ ، وَهُنَاك مُحَرَّمَاتٌ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾(١) . نَهَى عَنْ بَيْعِ الغَرَرِ ، وَنَهَى عَنِ الثُّنْيَا حَتَّى تُعْلَمَ ، وَنَحْوِ ذَلِك . بِخِلَافِ الدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ ؛ فَإِنَّ العُقُودَ فِيهَا لَيْسَتْ مُتَقَيِّدَةً بِشَيْءٍ إِلَّا بِإِرَادَةِ المُتَعَاقِدَيْنِ ، وَلِذَلِك يَقُولُونَ: العَقْدُ شَرِيعَةُ المُتَعَاقِدِينَ . فَهَذِهِ الكلِمَةُ كما أَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ لمخالفتها للشرع ، فَهِيَ أَيْضًا خَاطِئَةٌ مِنْ جِهَةِ اللُّغَةِ ؛ لِأَنَّ الشريعة فِي الأَصْلِ تُطْلَقُ عَلَى المَوْرِدِ العَامِّ الَّذِي يَسْتَقِي مِنْهُ الجَمِيعُ ؛ كشريعة المَاءِ إِذَا كانَ هُنَاكَ مَوْرِدٌ كبيرٌ يَرِدُ عَلَيْهِ أُنَاسٌ عِدَّةٌ(٢) . لَكنَّ العَقْدَ مُخْتَصٌّ بِالمُتَعَاقِدَيْنِ وَلَا يَرِدُ عَلَيْهِ كثِيرٌ مِنَ النَّاسِ ، وَبِالتَّالِي لَا يَصِحُّ إِطْلَاقُ لَفْظَةِ: العَقْدِ فِي شَرِيعَةِ المُتَعَاقِدَيْنِ ؛ لَا مِنْ جِهَةِ مَعْنَاهَا ، وَلَا مِنْ جِهَةِ حُكمِهَا وَحَقِيقَتِهَا .

الفَرْقُ الرَّابِعُ: أَنَّ الدِّرَاسَةَ الفِقْهِيَّةَ لَا تَحْصُرُ العُقُودَ فِيمَا فِيهِ جِهَتَانِ ؛ فَهُنَاك عُقُودٌ تكونُ مِنْ جِهَةٍ وَاحِدَةٍ ؛ مِثْلُ: عَقْدِ الوَقْفِ مِنْ جِهَةِ الوَاقِفِ . وَقَدْ يُمَثِّلُونَ لَهُ أَيْضًا بِأُمُورٍ شَرْعِيَّةٍ ؛ مِثْلِ: الِاعْتِكافِ ، وَالإِحْرَامِ ، وَالنَّذْرِ ، بِخِلَافِ العَقْدِ عِنْدَ القَانُونِيِّينَ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَكونُ إِلَّا إِذَا كانَ هُنَاكَ إِرَادَتَانِ .

الفَرْقُ الخَامِسُ: أَنَّ فُقَهَاءَ الشريعة يُعْنَونَ بِالجَانِبِ التَّطْبِيقِيِّ ، بَلْ إِنَّ البَحْثَ الفِقْهِيَّ قَدْ يَكونُ مُنْحَصِرًا عَلَى الجَانِبِ التَّطْبِيقِيِّ ، وَإِنْ وُجِدَتْ كتَابَاتٌ فِقْهِيَّةٌ فِي كتُبِ القَوَاعِدِ فِي

---

(١) سورة البقرة ، الآية [٢٧٥] .

(٢) لسان العرب ١٧٥/٨ (شرع) ، النهاية لابن الأثير ١١٤١/٢ (شرع) .

تَنْظِيرِ العُقُودِ، وَإِظْهَارِ القَوَاعِدِ المُشْتَرَكَةِ بَيْنَهَا، إِلَّا أَنَّ هَذَا لَيْسَ هُوَ الغَالِبُ عَلَى الدِّرَاسَاتِ الفِقْهِيَّةِ. بِخِلَافِ دِرَاسَاتِ القَانُونِيِّينَ؛ فَإِنَّ التَّطْبِيقَ فِيهَا ضَعِيفٌ، وَلَا شَكَّ أَنَّ الدِّرَاسَةَ عِنْدَمَا تكونُ تَطْبِيقِيَّةً تُعْطِي الإِنْسَانَ مِنَ التَّصَوُّرِ مَا لَا تُعْطِيهِ الدِّرَاسَةُ النَّظَرِيَّةُ المُجَرَّدَةُ، وَلَا يَعْنِي هَذَا أَنَّنَا نَقْتَصِرُ بِالدِّرَاسَةِ التَّطْبِيقِيَّةِ عَنِ الدِّرَاسَةِ النَّظَرِيَّةِ؛ فَكُلٌّ مِنْهُمَا لَهُ أَهَمِّيَّتُهُ.

الفَرْقُ السَّادِسُ: فِي مَبَاحِثِ العَقْدِ يُطِيلُ القَانُونِيُّونَ فِي بَحْثِ الإِرَادَةِ، وَحَقِيقَتِهَا، وَأَحْكَامِهَا، وَآثَارِهَا، وَهَكَذَا أَيْضًا يُطِيلُونَ الكلَامَ فِي بَحْثِ الالْتِزَامِ، وَلَا تَجِدُ مِثْلَ هَذَا عِنْدَ فُقَهَاءِ الشريعة.

الفَرْقُ السَّابِعُ: أَنَّ عُلَمَاءَ الشريعة يَلْتَفِتُونَ إِلَى الأَمْرِ الظَّاهِرِ مِنَ النَّوَاحِي القَضَائِيَّةِ، وَلَهُمْ نَظَرٌ فِي جَانِبِ البَاطِنِ مِنْ نَاحِيَةِ الدِّيَانَةِ. بَيْنَمَا القَانُونِيُّونَ يَنْظُرُونَ إِلَى الإِرَادَةِ، وَقَدْ انْتُقِدُوا فِي هَذَا؛ لِأَنَّهُ يخالف المَبَادِئَ القَضَائِيَّةَ، لِأَنَّ القَضاءَ لَا يَحْكمُ عَلَى الأُمُورِ البَاطِنَةِ الخَفِيَّةِ، وَالإِرَادَةُ مِنْهَا.

الفَرْقُ الثَّامِنُ: أَنَّ فُقَهَاءَ الشريعة يَهْتَمُّونَ بِالنَّظَرِ فِي آثَارِ العُقُودِ البَاطِلَةِ، وَغَيْرُهُمْ لَا يُولِيْهِ العِنَايَةَ اللَّائِقَةَ بِهِ.

الفَرْقُ التَّاسِعُ: كذَلِك مِمَّا اعْتَنَى بِهِ فُقَهَاءُ الشريعة: الحِرْصُ عَلَى بَيَانِ مَا يَنْدَرِجُ فِي العُقُودِ، وَالآثَارِ المُتَرَتِّبَةِ عَلَيْهَا.

هَلْ مِنَ الفُرُوقِ بَيْنَهُمْ مَا يَتَعَلَّقُ بِانْعِقَادِ العُقُودِ بِمُجَرَّدِ حُصُولِ الأَلْفَاظِ أَوْ لَا ؟

الفَرْقُ العَاشِرُ: عِنْدَ فُقَهَاءِ الشريعة أَنَّ العُقُودَ تَنْعَقِدُ بِمُجَرَّدِ الأَلْفَاظِ، وَلَوْ لَمْ يَكنْ هُنَاك تَوْثِيقٌ؛ إِذَا تَعَاقَدَ اثْنَانِ فَبَاعَهُ سِلْعَةً، وَلَمْ يَكنْ لَدَيْهِمْ أَحَدٌ يَشْهَدُ عَلَى ذَلِك، فَعِنْدَ عُلَمَاءِ الشريعة أَنَّ العَقْدَ يَنْعَقِدُ بِمُجَرَّدِ التَّعَاقُدِ. بَيْنَمَا عِنْدَ بعض أَهْلِ القَانُونِ: لَا نُثْبِتُ التَّعَاقُدَ إِلَّا إِذَا وُجِدَ دَلِيلٌ عَلَيْهِ؛ مِنْ شَهَادَةِ شُهُودٍ، أَوْ إِقْرَارٍ، أَوْ تسجيل وَكتَابَةٍ، أَوْ نَحْوِ ذَلِك.

أَمَّا فُقَهَاءُ الشريعة فيَقُولُونَ: بِمُجَرَّدِ عَقْدِ العَقْدِ، فَإِنَّهُ ثَبتَ وَلَزِمَ، وَبِالتَّالِي لَا يَصِحُّ لَهُ التَّنَصُّلُ مِنَ العَقْدِ.

الفَرْقُ الحَادِي عشر: مَا يَتَعَلَّقُ بِقَابِلِيَّةِ مَحَلِّ العَقْدِ؛ فَإِنَّ القَانُونِيِّينَ يَجْعَلُونَ كلَّ مَحَلٍّ مَمْلُوكا صَالِحًا فِي وُرُودِ العُقُودِ عَلَيْهِ؛ وَبِالتَّالِي لَوْ بَاعَهُ مَا لَا قِيمَةَ لَهُ، فَإِنَّهُ يَكونُ عَقْدًا لَازِمًا عِنْدَ القَانُونِيِّينَ. بِخِلَافِ عُلَمَاءِ الشريعة فَإِنَّهُمْ يَقُولُونَ: إِنَّ مَا انْتَفَتْ قِيمَتُهُ؛ سَوَاءٌ بِسَبَبِ تَعَارُفِ النَّاسِ عَلَى انْتِفَاءِ القِيمَةِ، أَوْ بِسَبَبِ عَدَمِ اعْتِبَارِ الشَّرْعِ لَهُ، فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ العَقْدُ عَلَيْهِ. كما لَوْ بَاعَهُ خَمْرًا: فَعِنْدَ القَانُونِيِّينَ يَصِحُّ، أَمَّا عِنْدَ عُلَمَاءِ الشريعة يَقُولُونَ: لَا يَصِحُّ. وَهُوَ نَاشِئٌ مِنْ هَذَا التَّفْرِيْقِ.

الفَرْقُ الثَّانِي عشر: أَنَّ الفُقَهَاءَ يُجِيزُونَ تَأَخُّرَ القَبُولِ عَنِ الإِيجَابِ فِي بَعْضِ العُقُودِ؛ مِثْلُ الوَصِيَّةِ، وَيَجْعَلُونَ هَذَا لوجود الحَاجَةِ إِلَيْهِ. بِخِلَافِ القَانُونِيِّينَ، فَإِنَّهُمْ لَا يَجْعَلُونَ الوَصِيَّةَ عَقْدًا.

وَهَذِهِ فِيْهَا إِشَارَةٌ إِلَى شَيْءٍ، وَهُوَ: أَنَّ الفُقَهَاءَ يُدْخِلُونَ فِي مَبَاحِثِ العَقْدِ مِنْ أَجْزَائِهِ مَا لَا يَرَى القَانُونِيُّونَ دُخُولَهُ فِيهِ. وَمِنْ أَمْثِلَةِ هَذَا: الإِحْرَامِ، وَفِي الِاعْتِكَافِ فَهَذِهِ لَا تُعْتَبَرُ عُقُودًا عِنْدَ القَانُونِيِّينَ، بِخِلَافِهَا عِنْدَ عُلَمَاءِ الشريعة فَيَقُولُونَ: انْعَقَدَ الإِحْرَامُ. وَبِالتَّالِي لَوِ اشترط في الإحرام صَحَّ اشتراطه عِنْدَ أحمد وَالشَّافِعِيِّ(١)، وَمِثْلُهُ فِي الِاعْتِكَافِ.

هَذَا شَيْءٌ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِالفَرْقِ بَيْنَ البَحْثِ الفِقْهِيِّ وَالحُقُوقِيِّ لِنَظَرِيَّةِ العَقْدِ.

*****

(١) الأم ١٧٢/٢، الروض المربع ٤٦٩/١، الكافي لابن قدامة ٣٩٢/١، فتاوى ابن تيمية ١٠٦/٢٦، إعلام الموقعين ٤٢٦/٣، المجموع ٣٠٩/٨.

الفصل السابع

نَظَرِيَّةُ الإِثْبَاتِ

التَّعْرِيفُ اللُّغَوِيُّ لِلإِثْبَاتِ:

الْإِثْبَاتُ فِي اللُّغَةِ مَأْخُوذٌ مِنَ الْفِعْلِ أَثْبَتَ، وَيُرَادُ بِهِ فِي اللُّغَةِ: التَمكنَ مِنْ إِدَامَةِ الشَّيْءِ. وَمَصْدَرُ هَذِهِ الْكلِمَةِ مِنَ الْفِعْلِ: ثَبَتَ، بِمَعْنَى: اسْتَقَرَّ وَأَقَامَ[١]، قَالَ اللهُ تَعَالَى: ﴿يُثَبِّتُ ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ بِٱلْقَوْلِ ٱلثَّابِتِ فِى ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا وَفِى ٱلْـَٔاخِرَةِ ۖ وَيُضِلُّ ٱللَّهُ ٱلظَّـٰلِمِينَ ۚ وَيَفْعَلُ ٱللَّهُ مَا يَشَآءُ﴾[٢].

وَالْإِثْبَاتُ مَرَّةً يُقَابِلُ النَّفْيَ، وَمَرَّةً يُقَابِلُ عَدَمَ الْحَرَكَةِ.

مَعْنَى الْإِثْبَاتِ عِنْدَ فُقَهَاءِ الشريعة: الإِثْبَاتُ: إِقَامَةُ الدَّلِيلِ الشرعي لَدَى الْقَضَاءِ عَلَى حَقٍّ فِي وَاقِعَةٍ مُعَيَّنَةٍ[٣].

مَعْنَى الْإِثْبَاتِ عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ: القانونيين يَجْعَلُونَ الْإِثْبَاتَ بِمَعْنَى: الْعَمَلِيَّةِ الْقَانُونِيَّةِ الَّتِي يَقُومُ بِهَا الْمُدَّعِي أَمَامَ الْقَضَاءِ؛ لِإِقْنَاعِ الْقَاضِي بِحَقِّهِ، وَبِذَلِك يُدْخِلُ الْقَانُونِيُّونَ فِي مَفْهُومِ الْإِثْبَاتِ: نَتِيجَةَ الْإِثْبَاتِ، وَيُدْخِلُونَ فِيهِ قَنَاعَةَ الْقَاضِي[٤].

---

(١) لسان العرب ٢/ ٨٠ (ثبت)، القاموس المحيط ١/ ١٤٩ (ثبت).

(٢) سورة إِبْرَاهِيم، الآية [٢٧].

(٣) انظر: معجم لغة الفقهاء ص٤١، موسوعة الفقه الإسلامي المصرية ١/ ٤٨.

(٤) أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائي والفقه الإسلامي، بكوس يحيى ص١٥، القضاء ونظام الإثبات للدكتور محمود محمد هاشم ص٩، النظرية العامة للقضاء والإثبات للتجكاني ص٢٠٥، رسائل الإثبات للزحيلي ص٢٣، توصيف الأقضية للشيخ عبدالله الخنين ١/ ٢٦٣، نظرية الدعوى والإثبات لنصر فريد ص٧.

أَهَمِّيَّةُ نَظَرِيَّةِ الإِثْبَاتِ:

مَبْحَثُ الْإِثْبَاتِ مِنَ الْمَبَاحِثِ الْمُهِمَّةِ؛ لِمَا يَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ مِنْ أَهْدَافٍ عَظِيمَةٍ، أَبْرَزُهَا أَمْرَانِ:

الْأَوَّلُ: وُصُولُ الْمُدَّعِي إِلَى حَقِّهِ.

وَالثَّانِي: مَنْعُ التَّعَدِّي عَلَيْهِ(١).

ويترتب على ذلك تقرير الحقوق في المسائل المتنازع فيها، وبذلك تنحسر النزاعات بين أفراد المجتمع، ويحصل بذلك تحقيق التطابق والتقارب بين الحكم القضائي والحقيقة، وتقرير العدالة والمساواة بين أفراد المجتمع عند القضاء(٢).

وَلِذَا اعْتَنَى فُقَهَاءُ الشريعة بِالْإِثْبَاتِ وَوَسَائِلِهِ، وَلَا يخلو كتَابٌ فِقْهِيٌّ مِنَ الْكلَامِ عَنِ الْإِثْبَاتِ؛ سَوَاءً فِي حَقِيقَةِ الْإِثْبَاتِ، أَوْ فِي وَسَائِلِهِ، أَوْ فِي آثَارِهِ، وقد يسميها الفقهاء (طرق الحكم)، أو (طرق القضاء) أو (البينات)، كما قد يسميها أهل القانون (طرق الإثبات وأدلته)(٣).

وَيَلْحَظُ الْإِنْسَانُ هَذَا جَلِيًّا فِي أَبْوَابِ الْمُعَامَلَاتِ، وَالْأَنْكِحَةِ، وَالْعُقُوبَاتِ، وَأَبْوَابِ الْقَضَاءِ، بَلْ فِي أَبْوَابِ الْعِبَادَاتِ أَيْضًا نَمَاذِجُ لِمَا يَتَعَلَّقُ بِمَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ؛ مِثْلُ إِثْبَاتِ دُخُولِ الشَّهْرِ بِرُؤْيَةِ الْهِلَالِ، أَوْ إِثْبَاتِ الْبُلُوغِ، أَوْ مَا يَتَعَلَّقُ بِإِثْبَاتِ الْحَيْضِ، وَمَا يَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ مِنْ أَحْكامٍ؛ مِنَ الْعِدَدِ وَغَيْرِهَا، وَهُنَاك أَبْوَابٌ خَاصَّةٌ بِالْإِثْبَاتِ؛ مِثْلُ: أَبْوَابِ الْيَمِينِ، وَالشَّهَادَةِ، وَالْإِقْرَارِ، وَفِي الْغَالِبِ يَجْعَلُونَهَا فِي كتَابِ الْقَضَاءِ؛ وَذَلِك لِأَنَّ الْقَضَاءَ يَنْبَنِي عَلَى الْإِثْبَاتِ بِهَذِهِ الْوَسَائِلِ.

---

(١) أدلة الإثبات لبكوس ص١٥.

(٢) أحكام الإثبات دكتور رضا المرغني ص٦.

(٣) القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية للدكتور محمود هاشم ص٢.

وَقَدْ كتَبَ عُلَمَاءُ الشريعة مُؤَلَّفَاتٍ خَاصَّةً فِي الْإِثْبَاتِ، مِثْلُ: كتَابِ «الطُّرُقِ الْحُكمِيَّةِ» لِابْنِ الْقَيِّمِ، وَمِثْلُهُ «تَبْصِرَةُ الْحُكامِ» لِابْنِ فَرْحُونٍ، وَ «مُعِينُ الْحُكامِ» لِلطَّرَابُلُسِيِّ.

حَقِيقَةُ الْبَيِّنَةِ:

وَكانَ مِنْ أَبْرَزِ الْمَسَائِلِ الَّتِي يَبْحَثُونَهَا: مَسْأَلَةَ (حَقِيقَةِ الْبَيِّنَةِ)، وَهِيَ مِمَّا لَهُ اتِّصَالٌ بِالْإِثْبَاتِ؛ فَإِنَّ مِنَ الْعُلَمَاءِ مَنْ يَقْصُرُ الْبَيِّنَةَ عَلَى الشَّهَادَةِ، أو وسائل محددة؛ وَمِنْ ثَمَّ يَقُولُ: إِنَّ الْبَيِّنَاتِ مَحْصُورَةٌ. وَمِنَ الْعُلَمَاءِ مَنْ يَقُولُ: بِأَن الْبَيِّنَاتِ هِيَ كلُّ مَا يُوَضِّحُ الْحَقَّ وَيُبَيِّنُهُ؛ وَمِنْ ثَمَّ فَإِنَّ الْبَيِّنَاتِ غَيْرُ مَحْصُورَةٍ[١].

وَعِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ: اخْتِلَافٌ مُمَاثِلٌ لِهَذَا الِاخْتِلَافِ، فَهُنَاك مَنْ يَرَى انْحِصَارَ وَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ، وَيُسَمُّونَهُ: الْمَذْهَبَ الْمُقَيَّدَ، أَوِ الْمَذْهَبَ الْقَانُونِيَّ، وَهُنَاك مَنْ لَا يَحُدُّ وَسَائِلَ الْإِثْبَاتِ بِوَسَائِلَ مَحْصُورَةٍ وَيَقُولُونَ لَهُ: الْمَذْهَبَ الْحُرَّ أَوِ الْمُطْلَقَ[٢].

والمذهب الثاني يعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير الدليل والإثبات به مما يؤدي إلى اختلاف القضاة ويسلب الخصوم الطمأنينة لما لديهم من أدلة أو مستندات.

الْوَسَائِلُ الْمُؤَدِّيَةُ لِلإِثْبَاتِ:

إِذَا نَظَرْنَا فِي وَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ وَالطُّرُقِ الْمُؤَدِّيَةِ إِلَيْهِ، وَجَدْنَاهَا مُتَعَدِّدَةً، وَمِنْ نَمَاذِجِ هَذِهِ الْوَسَائِلِ[٣]:

---

(١) الطرق الحكمية لابن القيم ص١٦، إعلام الموقعين ٩٦/١، تبصرة الحكام ٢٠٢/١، فتاوى ابن تيمية ٣٩٢/٣٥، وانظر: الإثبات بالقرائن للدكتور إبراهيم الفائر ص٦٠، موسوعة الفقه الإسلامي ١٣٦/٢، توصيف الأقضية للخنين ٢٦٩/١ و١٠٣/٢.

(٢) أحكام الإثبات للدكتور رضا المرغنهي ص٢٥٠١٧، الإثبات للحجازي ص٩، الوسيط للسنهوري ٣٩/٢.

(٣) انظر: رد المحتار على الدر المختار ٣٥٤/٥، البحر الرائق ٢٠٥/٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٨، تبصرة الحكام لابن فرحون ١٧٢/١، الفروق للقرافي ١٥٦/٤، ووسائل الإثبات للزحيلي ٩٩/١، المدعى عليه وحقوقه للفالح ص١١٦.

أَوَّلاً: الإقْرَارُ:

وَهُوَ فِي اللُّغَةِ الاِعْتِرَافُ، وَمَعْنَاهُ فِي الاِصْطِلَاحِ: إِخْبَارٌ عَنْ ثُبُوتِ حَقٍّ لِلْغَيْرِ عَلَى الْمُخْبِرِ(١).

وَقَدْ جَاءَتِ الشريعة بِاعْتِبَارِ الْإِقْرَارِ وَالْحُكم بِنَاءً عَلَيْهِ؛ قَالَ اللهُ تَعَالَى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾(٢)، وَقَالَ سُبْحَانَهُ: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾(٣).

والإقرار من أقوى وسائل الإثبات، لكنه حجة قاصرة لا تشمل إلا المقر فقط(٤).

وَقَدْ يَكونُ الْإِقْرَارُ بِاللَّفْظِ، وَقَدْ يَكونُ بِالْكِتَابَةِ، وَقَدْ يَكونُ بِالْإِشَارَةِ بِالنِّسْبَةِ لِلْأَخْرَسِ، وَقَدْ يَكونُ بِالسُّكوتِ فِي الْمَسَائِلِ الَّتِي تَحْتَاجُ مِنَ الْإِنْسَانِ إِلَى بَيَانٍ فَيَسْكتُ عَنِ الْبَيَانِ فِيهَا(٥).

ثَانِيًا: مِنْ وَسَائِلِ الإِثْبَاتِ الشَّهَادَةُ:

وَهِيَ فِي اللُّغَةِ مَأْخُوذَةٌ مِنَ الْمُشَاهَدَةِ، وَالْمُرَادُ بِهَا الرُّؤْيَةُ، وَمَعْنَاهَا فِي الاِصْطِلَاحِ: الْإِخْبَارُ عَنْ ثُبُوتِ حَقٍّ لِلْغَيْرِ عَلَى الْغَيْرِ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ. وَتَحَمُّلُ الشَّهَادَةِ مِنْ فُرُوضِ الْكفَايَاتِ، وَأَدَاؤُهَا مِنْ فُرُوضِ الْأَعْيَانِ(٦).

---

(١) انظر: إعانة الطالبين ٤/١٠، حواشي الشرواني ٨/١٦، تبيين الحقائق ٥/٢، دستور العلماء ١/١٠١، نظرية الإثبات لبهنسي ص١٥٩، نظرية الدعوى لواصل ص٢٩، الفقه الإسلامي وأدلته ٨/٢٢٤.

(٢) سورة النِّساء، الآية [١٣٥]، وانظر: سورة آل عمران، الآية [٨١].

(٣) سورة البقرة، الآية [٢٨٢].

(٤) تبصرة الحكام ٢/٣٩، المغني ٥/٢٧١، شرح المنهج ٣/٤٢٨.

(٥) تكملة حاشية رد المحتار ١/٤٩٩.

(٦) تكملة فتح القدير لابن الهمام ٧/٢٩٩، تبصرة الحكام لابن فرحون ٢/٣٩، شرح المنهج للأنصاري ٣/٤٢٨، المغني لابن قدامة ٥/٢٧١.

وَالْعُلَمَاءُ يَقُولُونَ: الْإِقْرَارُ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ. بِمَعْنَى: أَنَّهُ يَقْتَصِرُ أَثَرُهَا عَلَى الْمُقِرِّ[١]، أَمَّا الشَّهَادَةُ فَهِيَ حُجَّةٌ مُتَعَدِّيَةٌ؛ بِمَعْنَى: أَنَّ أَثَرَهَا يَتَعَدَّى إِلَى الْآخَرِينَ.

وَقَدْ جَاءَتِ الشريعة بِاعْتِبَارِ الشَّهَادَةِ؛ قَالَ تَعَالَى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[٢]. وَقَالَ: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾[٣].

وَالشَّهَادَةُ لَهَا أَنْصِبَةٌ مُحَدَّدَةٌ تَخْتَلِفُ مَا بَيْنَ بَابٍ وَآخَرَ؛ فَفِي الزِّنَا نِصَابُ الشَّهَادَةِ أَرْبَعَةٌ. وَهُنَاكَ مَسَائِلُ يُقْتَصَرُ فِيهَا عَلَى شَاهِدٍ وَاحِدٍ؛ سَوَاءٌ مَعَ يَمِينِ الْمُدَّعِي أَوْ بِدُونِهَا، بَلْ هُنَاكَ مَسَائِلُ قَدْ يُكتفَى بِشَهَادَةِ الْمَرْأَةِ الْوَاحِدَةِ؛ كَمَا فِي الْمَسَائِلِ الَّتِي تَسْتَقِلُّ بِهَا النِّسَاءُ، وَكَمَا فِي الشَّهَادَةِ بِدُخُولِ شَهْرِ رَمَضَانَ.

وَيُشْتَرَطُ فِي الشَّاهِدِ عَدَدٌ مِنَ الشروط، مِنْهَا: الْعَقْلُ، وَالْبُلُوغُ، وَالْعَدَالَةُ، وَعَدَمُ التُّهْمَةِ.

النَّوْعُ الثَّالِثُ: الْيَمِينُ:

وَهِيَ فِي اللُّغَةِ: إِمَّا مِنَ الْبَرَكَةِ، أَوِ الْقُوَّةِ. وَالْيَمِينُ هُوَ الْحَلِفُ أَوِ الْقَسَمُ بِالله تَعَالَى؛ لِإِثْبَاتِ حَقٍّ لِلْإِنْسَانِ عَلَى غَيْرِهِ.

وَعند الحنفية الْيَمِينُ لَا تَكونُ إِلَّا عِنْدَ الْإِنْكارِ وَعَدَمِ الْبَيِّنَاتِ، وَتَكونُ فِي جَانِبِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي الْغَالِبِ، لِحَدِيثِ: **(وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ)**[٤]. فَإِنَّه إِذَا أَقَرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ

---

(١) تبصرة الحكام ٣٩/٢، المغني ٢٧١/٥، شرح المنهج ٤٢٨/٣.

(٢) سورة الطلاق، الآية [٢].

(٣) سورة البقرة، الآية [٢٨٢].

(٤) أخرجه البخاري تعليقًا في كتاب الشهادات - باب ما جاء في البينة على المدعي، والترمذي في كتاب الأحكام - باب ما جاء في أن البينة على المدعي... (١٣٤١)، (١٣٤٢)، وصححه الشيخ الألباني في «صحيح الجامع» (٢٨٩٧).

حَكمْنَا بِالْإِقْرَارِ ، وَإِذَا لَمْ يَكنْ هُنَاكَ إِقْرَارٌ حَكمْنَا بِشُهُودِ الْمُدَّعِي ، فَإِنْ لَمْ يَكنْ هُنَاكَ إِقْرَارٌ وَلَا شُهُودٌ ، أَخذْنَا يَمِينَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ .

وعند الجمهور يمكن اعتبار اليمين إذا كان للمدعي شاهد واحد فيقضي بالشاهد واليمين .

وَيُشْتَرَطُ فِي الْيَمِينِ أَنْ تَكونَ بالله تَعَالَى ، فَلَا يَجُوزُ الْحَلِفُ بِغَيْرِهِ ؛ كَمَا فِي الْحَدِيثِ : **(مَنْ كانَ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِالله أَوْ لِيَصْمُتْ)**[١] . وَيُشْتَرَطُ أَنْ تَكونَ مَبْنِيَّةً عَلَى الْعِلْمِ ، وَأَنْ تَكونَ عَلَى الْبَتِّ ؛ فَلَا يَكفِي فِيهَا أَنْ تَكونَ الْيَمِينُ مَبْنِيَّةً عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ[٢] .

مَسْأَلَةٌ: الْأَيْمَانُ هَلِ تَقْطَعُ الْخُصُومَةَ أَوْ لَا ؟

هَذِهِ مِنَ الْمَسَائِلِ الَّتِي تُبْحَثُ ، بِحَيْثُ إِذَا جَعَلْنَا الْمُدَّعَى عَلَيْهِ يُقْسِمُ الْيَمِينَ ، فَهَلْ نَقُولُ : انْقَطَعَتِ الْخُصُومَةُ ، فَلَوْ وَجَدَ الْمُدَّعِي بَيِّنَةً بَعْدَ ذَلِك لَا نَلْتَفِتُ إِلَى بَيِّنَتِهِ ، لِوُجُودِ الْحُكمِ الْقَضَائِيِّ الْمَبْنِيِّ عَلَى يَمِينِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ؟ أَوْ نُمَكنُ الْمُدَّعِي مِنْ إِقَامَةِ الدَّعْوَى مَرَّةً أُخْرَى وَنَسْمَعُ مَا لديه من بَيِّنَتِهِ ؟ هَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ الِاخْتِلَافِ .

النوع الرابع: النُّكولُ عَنِ الْيَمِينِ:

إِذَا امْتَنَعَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مِنَ الْيَمِينِ ، فَهَلْ نَقْضِي عَلَيْهِ بِمُجَرَّدِ النُّكولِ وَالِامْتِنَاعِ عَنِ الْيَمِينِ ؟ أَوْ نَرُدُّ الْيَمِينَ إِلَى الْمُدَّعِي ؟

قَالَتْ طَائِفَةٌ: بِأَنَّنَا نَحْكمُ بِمُجَرَّدِ النُّكولِ . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ وأحمد[٣] ؛ قَالُوا : لِأَنَّ الشَّارِعَ قَدْ طَالَبَهُ بِالْيَمِينِ ، فَإِذَا امْتَنَعَ مِنَ الْيَمِينِ ثَبَتَ الْحَقُّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الأيمان والنذور- باب لا تحلفوا بآباكم (٦٦٤٦) ، ومسلم في كتاب الأيمان- باب النهي عن الحلف بغير الله تعالى (١٦٤٦) .

(٢) حاشية ابن عابدين ٤/٣٤٢ ، الشرح الصغير للدردير ٤/٢١٠ ، حاشية البجيرمي ٣/٣٣٣ ، الكافي لابن قدامة ٣/٤٨٤ ، شرح الدر المختار ٤/٤٢٣ .

(٣) البحر الرائق لابن نجيم ٧/٢٢٤ ، منتهى الإرادات لابن النجار ٢/٦٠١ .

يَقُمْ بِالْوَظِيفَةِ الَّتِي أَمَرَهُ الشرع بِهَا. قَالُوا: وَلِأَنَّهُ لَا يَمْتَنِعُ عَنِ الْيَمِينِ إِلَّا لِعِلْمِهِ بِثُبُوتِ الْحَقِّ عَلَيْهِ.

وَالْقَوْلُ الثَّانِي فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ: أَنَّهُ تُرَدُّ الْيَمِينُ إِلَى الْمُدَّعِي. وَهَذَا مَذْهَبُ مَالِك وَالشَّافِعِيِّ[(١)]، وَقَدْ وَرَدَ فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ: (أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَدَّ الْيَمِينَ)[(٢)]. وَلِبَعْضِ أَهْلِ الْعِلْمِ كلَامٌ فِيهِ.

وَلَعَلَّ الْقَوْلَ الثَّانِي أَظْهَرُ؛ إِذْ هُوَ أَقْوَى فِي مَعْرِفَةِ الْحَقِّ، وَرَدُّ الْيَمِينِ يُعْطِي الْقَاضِي مِنْ غَلَبَةِ الظَّنِّ مَا لَا يُحَصِّلُهُ بِمُجَرَّدِ النُّكُولِ.

النوع الخامس: الْقَرَائِنُ:

وَهِيَ أُمُورٌ مُحْتَفَّةٌ بِالْخُصُومَاتِ، تَشْهَدُ لِأَحَدِ الْخَصْمَيْنِ عَلَى الْآخَرِ. وَبَعْضُهُمْ يَقُولُ: الْقَرَائِنُ هِيَ الِاسْتِدْلَالُ بِأَمْرٍ مَعْلُومٍ عَلَى أَمْرٍ مَجْهُولٍ. وَمِنْ أَمْثِلَتِهِ: الِاسْتِدْلَالُ بِوُجُودِ الْعَدَاوَةِ بَيْنَ الْمُتَخَاصِمَيْنِ، وَوُجُودِ اللَّوْثِ لِإِثْبَاتِ حَقِّ أَحَدِ الْمُتَخَاصِمَيْنِ عَلَى الْآخَرِ.

* وقد اختلف العلماء في اعتبار القرائن من أدلة الإثبات، وأكثر الفقهاء يرون عدم اعتبار القرائن من الأدلة، وإنما يمكن أن يواجه المتهم بها ليقر بجريمته[(٣)].

ومما يدخله العلماء في القرائن على اختلاف بينهم في الاحتجاج به:

- **القيافة:** وهي استطلاع أوجه الشبه بين أعضاء شخصين أو آثار أقدامهما، وقد أقر النبي ﷺ مجززاً المدجي في قوله عن أسامة بن زيد: (إن هذه الأقدام

---

(١) نهاية المحتاج للرملي ٨/٣٣٥، تهذيب الفروق ١/١٥١.

(٢) أخرجه البيهقي في «السنن الصغرى» (٩/٤٣).

(٣) انظر: الإثبات بالقرائن للدكتور إبراهيم الفايز، إعلام الموقعين ١/٢٨٧، الجنايات في الشريعة الإسلامية لمحمد إسماعيل ص٣٤١ و٤٤٦، السيل الجرار ١/٧٥٤، تبصرة الحكام ٤/٢٧٠، القواعد والفوائد للبعلي ص١٢.

بعضها من بعض)[١].

- **الوسم:** وهو علامة توضع على جسم الحيوان بعد كيه بحديدة محماة، يقصد بها تمييز مالك الحيوان وقبيلته.

- **الشاهد العرضي:** وهي الظروف المحيطة بالدعوى كالحيازة، ووجود آثار أحد الخصمين على محل النزاع.

ويدخل بعضهم في ذلك الاستصحاب بإثبات الحكم الثابت في الزمان الماضي وجره إلى الزمان الحاضر، وقد يكون بعكس ذلك مما يسمى الاستصحاب المقلوب.

وَالْقَرَائِنُ يُدْخِلُ فِيهَا كثيرٌ مِنَ الْبَاحِثِينَ الْعَدِيدَ مِنَ الْوَسَائِلِ -وَخُصُوصًا الْمُعَاصِرَةَ- مِثْلُ: التَّصْوِيرِ، وِالتَّسْجِيلِ، وَالتَّحْلِيلِ، وَالْبَصْمَةِ الْوِرَاثِيَّةِ، فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ: الْبَصْمَةُ الْوِرَاثِيَّةُ الـ (DNA) أَمْرٌ مُؤَكدٌ لَا شَك فِيهِ؛ فَعِنْدَمَا نَجِدُ شَعْرَةً بِمَسْرَحِ الْجَرِيمَةِ وَنُحَلِّلُهَا، فَإِذَا أَثْبَتَ التَّحْلِيلُ أَنَّهَا لِفُلَانٍ، فَإِنَّ ذَلِك حُكمٌ قَطْعِيٌّ، فَكَيْفَ تَجْعَلُونَهُ مُجَرَّدَ قَرِينَةٍ؟ وَهَذَا مَا دَعَا بَعْضَ الْبَاحِثِينَ إِلَى أَنْ يَقُولَ: هَذَا أَقْوَى مِنْ شَهَادَةِ الشُّهُودِ.

فنَقُولُ: هَذَا الْتِفَاتٌ إِلَى جَانِبٍ وَاحِدٍ، وَإِغْفَالٌ لِجَوَانِبَ أُخْرَى؛ فَقَدْ يَكونُ الْجَانِي قَدْ أَحْضَرَ إِلَى مَسْرَحِ الْجَرِيمَةِ بَعْضَ شَعْرِ الْمُتَّهَمِ مِنْ أَجْلِ أَنْ يَدْرَأَ التُّهْمَةَ عَنْ نَفْسِهِ، بَلْ قَدْ يَقُومُ بِوَضْعِ بَعْضِ دَمِ الْمُتَّهَمِ فِي مَسْرَحِ الْجَرِيمَةِ، يَأْخُذُهُ مِنْ تَحْلِيلٍ قَامَ بِهِ فِي الْمُسْتَشْفَى وَنَحْوِهِ.

وَمِنْ أَمْثِلَةِ الْقَرَائِنِ: مَا لَوْ وُجِدَ شَخْصٌ فِي مَسْرَحِ الْجَرِيمَةِ بِنَفْسِهِ؛ كمَا وَرَدَ فِي وَاقِعَةٍ أَنَّ النَّاسَ سَمِعُوا صَوْتَ اسْتِغَاثَةٍ، فَذَهَبُوا إِلَى ذَلِك الْمكانِ، فَوَجَدُوا شَخْصًا مَعَهُ سِكينٌ،

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب الفضائل، باب زيد بن حارثة (٣٧٣١)، ومسلم كتاب الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف الولد (١٤٥٩).

وَالدَّمُ يَتَقَاطَرُ مِنْهَا، فَدَخلُوا فَوَجَدُوا شَخْصًا آخَرَ مَقْتُولًا، فَهُنَا قَرِينَةٌ عَلَى أَنَّ هَذَا الشَّخْصَ هُوَ الْجَانِي، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِك تَبَيَّنَ أَنَّ هَذَا الشَّخْصَ لَيْسَ هُوَ الْجَانِي، وَاعْتَرَفَ الْجَانِي، وَكانَ هَذَا الشَّخْصُ قَدْ دَخَلَ إِلَى هَذَا الْمَكانِ فَوَجَدَ هَذَا الْمَقْتُولَ يَتَشَحَّطُ فِي دَمِهِ وَعِنْدَهُ السِّكينُ فَأَخَذَهَا، فَلَمَّا خَرَجَ وَالسِّكينُ بِيَدِهِ يَتَقَاطَرُ دَمًا وَالْمَقْتُولُ فِي الْمَكانِ الَّذِي خَرَجَ مِنْهُ، ظَنَّ النَّاسُ أَنَّهُ هُوَ الْقَاتِلُ.

وَالْحُكمُ بالقرائن لَهُ أَدِلَّةٌ كثِيرَةٌ، مِنْهَا: مَا وَرَدَ فِي الْحَدِيثِ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اشْتَرَطَ عَلَى أَهْلِ خَيْبَرَ أَلَّا يَخْرُجُوا إِلَّا بِأَمْتِعَتِهِمُ الشَّخْصِيَّةِ، فكانَ مِنْهُمْ ابْنُ أَبِي الْحُقَيْقِ، فَلَمَّا خَرجَ سَأَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ عَنِ الْأَمْوَالِ الَّتِي خَرَجَ بِهَا مِنَ الْمَدِينَةِ -وَكانَ قَدْ خَرَجَ بِجِلْدِ ثَوْرٍ مَمْلُوءٍ ذَهَبًا- فَقَالَ: أَفْنَتْهُ الْحُرُوبُ. فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: **(الْعَهْدُ قَرِيبٌ، وَالْمَالُ أَكثَرُ مِنْ ذَلِك)**(١). هَذِهِ قَرِينَةٌ عَلَى أَنَّ الْمَالَ لَا يُمْكنُ أَنْ يُنفَقَ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْمُدَّةِ الْقَلِيلَةِ، ثُمَّ أَمَرَ الزُّبَيْرَ أَنْ يَمَسَّهُ بِعَذَابٍ، فَشَهِدَ مَنْ شَهِدَ أَنَّهُ كانَ يَتَرَدَّدُ إِلَى خَرِبَةٍ مِنْ خَرَابِ يَثْرِبَ، فَفَتَّشُوهَا فَوَجَدُوا الْمَالَ فِيهَا، فَكانَ بِذَلِك مِمَّنْ نَقَضَ عَهْدَهُ.

النوع السَّادِسُ: عِلْمُ الْقَاضِي:

وَالْمُرَادُ بِهِ ظَنُّ الْقَاضِي الْغَالِبُ، أَوْ مُشَاهَدَاتُهُ الْخَاصَّةُ.

وَهَلْ يَجُوزُ لِلْقَاضِي أَنْ يَحْكمَ بِنَاءً عَلَى عِلْمِهِ أَوْ لَا ؟ هَذِهِ المسألة مِنْ مَوَاطِنِ الْخِلَافِ؛ وَالْجُمْهُورُ(٢) قَالُوا: بِأَنَّ الْقَاضِي لَا يَحْكمُ بِنَاءً عَلَى عِلْمِهِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: **(إِنَّمَا أَنَا بشرٌ، وَإِنَّكمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضكمْ أَنْ يَكونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، وَأَقْضِيَ لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا فَلاَ يَأْخُذْ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ**

---

(١) أخرجه ابن حبان (٥١٩٩)، البيهقي في «السنن الكبرى» (٩/١٣٧).

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون ٢/١٦٧، المغني ١١/٤٠٠، مغني المحتاج ٤/٣٩٨، كشاف القناع ٤/١٩٧.

النَّارِ)، وَفِي رِوَايَةٍ أُخْرَى: (**فَإِنَّ أَحَدَكُمْ قَدْ يَكونُ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِحَقِّ أَخِيهِ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ**)[١]. قَالُوا: لَمَّا قَالَ: (**وَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ**) دَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَقْضِي إِلَّا بِوَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ، لَا بِعِلْمِهِ.

وَيَدُلُّ عَلَى هَذَا مَا وَرَدَ فِي الْحَدِيثِ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِلْحَضْرَمِيِّ وَالْكِنْدِيِّ لَمَّا اخْتَصَمَا، قَالَ لِلْمُدَّعِي: (**شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ**)[٢]، فَلَمْ يَلْتَفِتْ إِلَى عِلْمِهِ.

وَقَدْ وَرَدَ أَنَّ اثْنَيْنِ تَحَاكَمَا إِلَى عُمَرَ؛ فَطَالَبَ الْمُدَّعِي بِالشَّهَادَةِ، فَقَالَ: أَنْتَ شَاهِدِي – يَقُولُهُ لِعُمَرَ–، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: إِنْ شِئْتَ شَهِدْتُ وَلَمْ أَحْكمْ[٣]. قَالُوا: فَدَلَّ هَذَا عَلَى أَنَّ الْقَاضِي لَا يحكم بِنَاءً عَلَى عِلْمِهِ.

وَذَهَبَ الْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ -فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ-[٤]: إِلَى أَنَّ الْقَاضِي يَحْكُمُ بِنَاءً عَلَى عِلْمِهِ فِي حقوق الآدميين، وَاسْتَدَلَّ عَلَى هَذَا بِبَعْضِ الْوَقَائِعِ، مِنْ مِثْلِ: قِصَّةِ دَاوُدَ الْمَذْكُورَةِ فِي سُورَةِ «ص»؛ حَيْثُ حَكَمَ بِنَاءً عَلَى كَلَامِ الْمُدَّعِي بِدُونِ أَنْ يَسْتَمِعَ إِلَى كَلَامِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، قَالُوا: فَدَلَّ هَذَا عَلَى أَنَّهُ قَدْ حَكَمَ بِعِلْمٍ سَابِقٍ لَهُ، وَإِنْ كانَ الْجُمْهُورُ يَقُولُونَ: حُكْمُهُ بِكَلَامِ أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ هُوَ الَّذِي جَعَلَ اللهَ عَزَّ وَجَلَّ يُعَاتِبُهُ؛ وَمِنْ ثَمَّ لَا يَصِحُّ الِاسْتِدْلَالُ بِهَذَا.

كَمَا اسْتَدَلُّوا بِحَدِيثِ هِنْدَ بِنْتِ عُتْبَةَ؛ فَإِنَّهَا قَالَتْ: إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ؛ لَا يُعْطِينِي وَبَنِيَّ مَا يَكفِينَا، أَفَآخُذُ مِنْ مَالِهِ؟ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «**خُذِي مَا يَكفِيكِ وَوَلَدَكِ**

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الشهادات- باب من أقام البينة بعد اليمين (٢٦٨٠)، ومسلم في كتاب الأقضية- باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة (١٧١٣)، من حديث أم سلمة رضي الله عنها.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الأيمان والنذور- باب عهد الله عز وجل (٦٦٥٩)، ومسلم في كتاب الإيمان- باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار (١٣٨).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف.

(٤) نهاية المحتاج للرملي ٨/٢٤٧.

بِالْمَعْرُوفِ»(١). قَالُوا: فَحَكَمَ هُنَا بِدُونِ أَنْ يَسْتَمِعَ لِقَوْلِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ. وَالْجُمْهُورُ يَقُولُونَ: هَذَا مِنَ الْفَتْوَى، وَلَيْسَ مِنَ الْقَضَاءِ.

النوع السَّابعُ: الرُّجُوعُ إلى الخِبْرَةِ وَأَهْلِهَا(٢):

وَمِنْ أَمْثِلَةِ هَذَا: الرُّجُوعُ إِلَى أَهْلِ الخِبْرَةِ فِي تَقْوِيمِ الْمُتْلَفَاتِ، وَهَكَذَا أَيْضًا: الرُّجُوعُ إِلَى أَهْلِ الخِبْرَةِ فِي قِدَمِ الْمَعِيبِ؛ هَل هَذَا الْعَيْبُ قَدِيمٌ، أَوْ نَاشِئٌ.

وقد يستدعي التحقيق أو النظر القضائي لفحص محل الدعوى كفاية فنية خاصة أو علمية يعرف القاضي عدم قدرته على معرفتها فيراجع الخبير المختص في ذلك، ومنه الفحص المختبري، وفحص العينات وفحص الدم، والجينات.

وَمِثْلُهُ: الرُّجُوعُ إِلَى أَهْلِ الطِّبِّ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِمَسَائِلِ الطِّبِّ، وَمِنْهَا غَوْرُ الْجِرَاحَةِ، وَنَوْعُ الْجُرْحِ.

وَبَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ يُدْخِلُ فِي هَذَا الْبَابِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالْمُعَايَنَةِ.

النوع الثامن: الكتابة(٣):

وَهَذَا يَدْخُلُ فِيهِ جَانِبَانِ:

الْجَانِبُ الأَوَّلُ: كِتَابَةُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي؛ سَوَاءٌ كَانَ بِإِثْبَاتِ الشَّهَادَةِ الَّتِي كَانَتْ لَدَيْهِ، كَمَا لَوْ كَانَ الشُّهُودُ فِي بَلَدٍ آخَرَ غَيْرِ بَلَدِ الْقَاضِي، فَيَكْتُبُ إِلَى قَاضِي الْبَلَدِ الآخَرِ مِنْ أَجْلِ أَنْ يُحَرِّرَ شَهَادَةَ الشُّهُودِ، أَوْ كَانَتْ كِتَابَةُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي لِإِخْبَارِهِ بِحُكْمٍ سَابِقٍ فِي الْمَسْأَلَةِ؛ كَمَا لَوْ ادَّعَى شَخْصٌ عَلَى آخَرَ حَقًّا مِنَ الْحُقُوقِ عِنْدَ الْقَاضِي، فَقَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ: هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ قَدْ نَظَرَهَا قَاضِي النَّاحِيَةِ الْفُلَانِيَّةِ وَحَكَمَ فِيهَا. فَيَكْتُبُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي الآخَرِ يَسْأَلُهُ عَمَّا كَانَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ مِنَ الْقَضَاءِ.

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب النفقات – باب إذا لم ينفق الرجل (٥٣٦٤).

(٢) تبصرة الحكام ٢/٧٤.

(٣) حاشية ابن عابدين ٤/٥٤٤، نهاية المحتاج ٨/٢٥٩، المغني ١١/٤٦٧.

والجانب الثَّاني: كتَابَةُ أَصْحَابِ الْحُقُوقِ؛ كَمَا وَرَدَ فِي حَدِيثِ الْوَصِيَّةِ -حَدِيْثِ ابْنِ عُمَرَ- فِي «الصَّحِيحِ» أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: **(مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُرِيدُ أَنْ يُوصِيَ فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ)**(١)، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿**يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِبُۢ بِٱلۡعَدۡلِ**﴾(٢)، وَمِنْ هَذَا النَّوْعِ: تِلْكَ الْكِتَابَاتُ الْمُوَثَّقَةُ؛ كَمَا لَوْ كَتَبَ كِتَابًا لِإِثْبَاتِ حَقٍّ عَلَيْهِ، وَقَامَ بِإِشْهَادِ الشُّهُودِ عَلَى أَنَّ هَذِهِ الْكِتَابَةَ هِيَ كِتَابَتُهُ.

ومن ذلك: الإقرار المكتوب في الدفاتر التجارية، وسند الدين والشيكات والفواتير وسند الاستلام، والكتابة الرسمية المسجلة بالرقم المتسلسل.

النوع التَّاسع: البَيِّنَاتُ المُرَكَّبة:

بِأَن تَكونَ الْوَسِيلَةُ مُرَكبَةً مِنْ جَانِبَيْنِ. وَمِنْ أَمْثِلَتِهِ: الشَّهَادَةُ عَلَى الْإِقْرَارِ، لَوْ أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِحَقٍّ مِنَ الْحُقُوقِ، لَكنْ ذَلِك الْإِقْرَارُ لَمْ يَكنْ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ، فَتَمَكنَ مِنْ إِحْضَارِ شُهُودٍ يَشْهَدُونَ بِإِقْرَارِهِ، فَهَذِهِ بَيِّنَةٌ مُرَكبَةٌ مِنْ شَهَادَةٍ وَإِقْرَارٍ.

هَكذَا أَيْضًا هُنَاك طُرُقٌ أُخْرَى؛ كالقَسَامَةِ، وَالقُرْعَةِ، فَهَذِهِ مِنْ وَسَائِلِ الإِثْبَاتِ.

مَسْأَلَةٌ: لِمَاذَا الْبَيِّنَةُ والشهودُ يُطَالَبُ بِهَا الْمُدَّعِي، وَلَا يُطَالَبُ بِهَا الْمُدَّعَى عَلَيْهِ؟

هَذَا لِعَدَدٍ مِنَ الْأُمُورِ:

الْأَمْرُ الْأَوَّلُ: وُرُودُ الْحَدِيثِ؛ كَمَا جَاءَ فِي الْحَدِيثِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: **(لَوْ يُعْطَى أُنَاسٌ بِدَعْوَاهُمْ؛ لَادَّعَوْا أَمْوَالَ قَوْمٍ وَدِمَاءَهُمْ، لكنَّ اليمين على من أنكر»**(٣).

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الوصايا- باب الوصايا (٢٧٣٨)، ومسلم في كتاب الوصية (١٦٢٧).

(٢) سورة البقرة، الآية [٢٨٢].

(٣) أخرجه البخاري كتاب التفسير، باب تفسير سورة آل عمران (٤٥٥٢)، ومسلم كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه (١٧١١).

الْأَمْرُ الثَّانِي: أَنَّ الْمُدَّعِي يُطَالِبُ بِأَمْرٍ مُخَالِفٍ لِلْوَاقِعِ؛ فَهُوَ يَقُولُ: هَذَا الْمَالُ الَّذِي بِيَدِ زَيْدٍ مِلْكِي. فَمُطَالَبَتُهُ مُخَالِفَةٌ لِلظَّاهِرِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْمَالَ مَمْلُوكٌ لِصَاحِبِ الْيَدِ.

الْأَمْرُ الثَّالِثُ: أَنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ نَافٍ، وَالنَّافِي يَعْجِزُ عَنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى النَّفْيِ فِي جَمِيعِ الْأَزْمَانِ، بِخِلَافِ الْمُثْبِتِ؛ فَإِنَّ الْإِثْبَاتَ يَكْفِي فِيهِ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى ثُبُوتِ الْأَمْرِ فِي لَحْظَةٍ وَاحِدَةٍ، كَمَا لَوْ قَالَ: هَذِهِ السَّيَّارَةُ الَّتِي بِيَدِ زَيْدٍ مِلْكِي؛ لِأَنَّهُ بَاعَنِي إِيَّاهَا. يَسْتَغْرِقُ وَقْتُ الْبَيْعِ لَحَظَاتٍ يَتَمَكَّنُ الشُّهُودُ مِنَ الشَّهَادَةِ بِهَا، بَيْنَمَا الْمُدَّعَى عَلَيْهِ يَقُولُ: أَنَا لَمْ أَبِعِ السَّيَّارَةَ. وهذا نَفْيٌ، لَا يَتَمَكَّنُ مِنْ إِقَامَةِ شُهُودٍ قَدْ صَاحَبُوهُ فِي جميع الْوَقْتِ؛ وَلِذَلِك فَإِنَّ الْإِثْبَاتَ فِي الْحَقِيقَةِ لَا يَرِدُ عَلَى الْحَقِّ الَّذِي يُطَالِبُ بِهِ الْمُدَّعِي، وَإِنَّمَا الْإِثْبَاتُ يكونُ عَلَى الْوَاقِعَةِ الْمُؤَدِّيَةِ لِنُشُوءِ الْحَقِّ؛ فَأَنَا آتِي بِالشُّهُودِ الَّذِينَ يَشْهَدُونَ أَنَّ زَيْدًا بَاعَ السَّيَّارَةَ لِي، فَهُمْ لَا يَشْهَدُونَ بِأَنَّ السَّيَّارَةَ مِلْكِي، وَإِنَّمَا يَشْهَدُونَ بِالْبَيْعِ، وَهَذَا الْبَيْعُ يُؤَدِّي إِلَى إِثْبَاتِ أَوْ إِلَى نُشُوءِ حَقِّي فِي السَّيَّارَةِ.

والمهم في بحث وسائل الإثبات، وهو معرفة الضابط فيما يمكن الاستدلال به؛ مما يستوعب وسائل الإثبات الجديدة، وما يحدث في المستقبل من طرق للإثبات

أَرْكَانُ الْإِثْبَاتِ:

هُنَاكَ مَنْ ذَكَرَ أَرْكَانَ الْإِثْبَاتِ وَجَعَلَهَا خَمْسَةَ أَقْسَامٍ؛ لَكِنِ اخْتُلِفَ فِي هَلْ هَذِهِ الْأَرْكَانِ هِيَ أَرْكَانٌ لِلْإِثْبَاتِ أَوْ أَرْكَانٌ لِلثُّبُوتِ ؟ مَوْطِنُ نَظَرٍ وَاجْتِهَادٍ.

هَذِهِ الْخَمْسَةُ أَرْكَانٍ هِيَ:

الرُّكْنُ الأول: وَسِيلَةُ الْإِثْبَاتِ وَالْمُثْبَتِ بِهِ.

الرُّكْنُ الثاني: الْمُثْبَتُ لَهُ، وَهُوَ صَاحِبُ الْحَقِّ الَّذِي يَثْبُتُ حَقُّهُ بِهَذِهِ الْوَسِيلَةِ.

الرُّكْنُ الثَّالِثُ: الْمُثْبَتُ عَلَيْهِ، وَهُوَ الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ. وَإِنْ كانَ هُنَاكَ مَسَائِلُ لَا يَكونُ فِيهَا مَحْكومٌ عَلَيْهِ؛ كَمَا لَوْ طَالَبَ الْمُدَّعِي بِإِثْبَاتِ مِلْكِيَّتِهِ لِلْعَيْنِ الَّتِي لَا يُوجَدُ لَهَا مُطَالِبٌ.

الركن الرَّابعُ: يَذْكرُ بَعْضُ الْحُقُوقِيِّينَ أَنَّ مِنْ أَرْكانِ الإِثْبَاتِ الْمُثْبِتُ، وَيُرِيدُونَ بِهِ الْقَاضِي، وَإِنْ كانَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُ: هَذَا لَيْسَ مِنْ أَرْكانِ الإِثْبَاتِ؛ لِأَنَّ الإِثْبَاتَ مِنْ عَمَلِ الْمُدَّعِي، وَلَيْسَ مِنْ شَرْطِ الإِثْبَاتِ أَنْ يَكونَ الْقَاضِي قَدْ حَكمَ بِنَاءً عَلَى ذَلِك.

وَمِنْ هُنَا نَعْرِفُ أَنَّ الْبَاحِثِينَ يَنْقَسِمُونَ فِي حَقِيقَةِ الإِثْبَاتِ إِلَى قِسْمَيْنِ:

الْقِسْمُ الأَوَّلُ: مَنْ يجعل الإِثْبَاتَ هُوَ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ وَنَحْوِهَا مِنْ قِبَلِ الْمُدَّعِي أَوِ الْمُدَّعى عَلَيْهِ؛ سَوَاءٌ حَكمَ الْقَاضِي بِهَا أَوْ لَمْ يَحْكمْ، فَيَقُولُونَ: حُكمُ الْقَاضِي هَذَا ثُبُوتٌ، وَلَيْسَ إِثْبَاتًا، وَأَمَّا الثُّبُوتُ فَهَذَا أَثَرٌ لِلإِثْبَاتِ

والقسم الثَّانِي: يَقُولُونَ: لَا يَكونُ هُنَاك إِثْبَاتٌ إِلَّا إِذَا حَكمَ الْقَاضِي بِهِ.

الرُّكنُ الْخَامِسُ: الْوَاقِعَةُ الَّتِي يُرَادُ الإِثْبَاتُ فِيهَا، وَيُسَمُّونَهَا: مَحَلَّ الإِثْبَاتِ. وَقَدْ تَكونُ فِي أَمْوَالٍ، وَقَدْ تَكونُ فِي حُقُوقٍ، كمَا قَدْ تَكونُ تِلْك الْوَاقِعَةُ فِي تَصَرُّفَاتٍ مِنَ الْمُكلَّفِينَ -والْمُرَادُ بِالتَّصَرُّفَاتِ: تِلْك الأَعْمَالُ الَّتِي يَتَرَتَّبُ عَلَيْهَا أَثَرٌ فِي الْمِلْكيَّةِ وَنَحْوِهَا-، وَقَدْ يَكونُ مَحَلُّ الإِثْبَاتِ فِي أَعْمَالٍ غَيْرِ مَشْرُوعَةٍ، بِحَيْثُ يُثْبِتُونَ مَثَلًا حُصُولَ الإِتْلَافِ مِنْ زَيْدٍ[1].

ويقسم بعض القانونيين الوقائع المراد إثباتها إلى قسمين:

الأول: أعمال قانونية: وهي الأفعال الناتجة عن إرادة راغبة في إحداث أثر قانوني معين، ومنها ما يصدر من جانبين كالبيع والإيجار، ومنها ما يصدر من جانب واحد كالإقرار والوقف.

الثاني: أفعال مادية: وهي أمور محسوسة يرتب عليها القانون آثاراً كالقرابة والجوار والفعل الضار[2].

---

(١) تحفة المحتاج ٤/٢٧٩، حواشي الشرواني ٤/٢٧٩.

(٢) المدخل للعلوم القانونية للدكتور حمدي عبدالرحمن ص٥١١.

وهناك إجراءات للإثبات منها: المعاينة بمشاهدة محل النزاع، سواء كان عقاراً أو منقولاً، ومنها الخبرة بمراجعة أهل الاختصاص في أمور فنية تكون محل النزاع، أو استجواب الخصوم للوصول إلى إقرار أو استكمال تصور المسألة[١].

مَسْأَلَةٌ: الثُّبُوتُ الَّذِي يَصْدُرُ بِهِ حُكمٌ مِنَ الْقَاضِي يشترط لَهُ شروط[٢]:

الشرط الأَوَّلُ: صِحَّةُ الدَّعْوَى؛ فَإِنَّ الْقَاضِي لَا يَحْكمُ إِلَّا بِنَاءً عَلَى دَعْوَى، وَلَا بُدَّ أَنْ تَكونَ الدَّعْوَى صَحِيحَةً، وَصِحَّتُهَا بِأَنْ تَكونَ مُحَرَّرَةً، أَوْ مُحَدَّدَةً. لَوْ قَالَ: لِي عَلَى زَيْدٍ حَقٌّ، أَطْلُبُ مِنك يَا أَيُّهَا الْقَاضِي أَنْ تَحْكمَ فِيهِ. لَا تُقْبَلُ مِنْهُ دَعْوَاهُ، وَلَا تَكونُ دَعْوَاهُ صَحِيحَةً؛ حَتَّى يُبَيِّنَ مَا هُوَ هَذَا الْحَقُّ.

الشرط الثَّانِي: كذَلِك يُشْتَرَطُ أَنْ تَكونَ الدَّعْوَى مُمْكنَةَ الْوُقُوعِ؛ فلو أن شخصاً قَالَ: أَخَذَ مِنِّي محمد خَمْسَةَ آلَافٍ قَبْلَ سَبْعِينَ سَنَةً، وَأَعْمَارُهُمْ لَا تَصِلُ لِهَذَا الْمِقْدَارِ، فَحِينَئِذٍ لَا تَكونُ الدَّعْوَى مقبولة.

الشرط الثَّالِثُ: أَنْ تَكونَ الدَّعْوَى مُمْكنَةَ الْإِثْبَاتِ أَوِ النَّفْيِ. كما لَوْ قَالَ: جَاءَنِي زَيْدٌ وَهُوَ نَائِمٌ فَأَتْلَفَ مَالِي، وَهُوَ مِمَّنْ يَمْشِي وَهُوَ نَائِمٌ. وَلَمْ يَكنْ مَعَهُ شُهُودٌ وَلَا بَيِّنَاتٌ.

الشرط الرَّابِعُ: وُقُوعُ التَّنَازُعِ، أَوْ عَلَى الْأَقَلِّ إِمْكانِيَّةُ وُقُوعِ التَّنَازُعِ فِي الْمَسْأَلَةِ.

---

(١) أصول الإثبات للدكتور رمضان أبو السعود ص٤٧٢.

(٢) انظر: البحر الرائق ٢٠٢/٧، بدائع الصنائع ٢٢٤/٦، الفتاوى الهندية ٩٩/٤، الفروق ٧٣/٤، تبصرة الحكام ١٢٩/١، مواهب الجليل ١٢٥/٦، المهذب ٣١١/٢، الوجيز للغزالي ٢٦١/٢، روضة الطالبين ٢٩٩/٨، الطرق الحكمية ص٩٧، الفروع ٨١٠/٣، غاية المنتهى ٤٤٨/٣، وانظر: أصول المحاكمات لأحمد داود ٢٠٠/١، وأصول المرافعات الشرعية للعمروس ص١٥٥، وأصول المرافعات لأحمد مسلم ص٣١٤، وأصول المحاكمات الشرعية لمحمد الزحيلي ص١٢٥.

مَسْأَلَةٌ: مِنَ الْأُمُورِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْإِثْبَاتِ: التَّفْرِيقُ بَيْنَ الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ(١):

مَتَى نَقُولُ هَذَا الشَّخْصُ مُدَّعٍ ؟ وَمَتَى نَقُولُ: إِنَّ الْمُقَابِلَ لَهُ هُوَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ؟ هَذِهِ مَسْأَلَةٌ مُهِمَّةٌ ، وَعِنْدَ الْحُقُوقِيِّينَ يُسَمُّونَهَا عِبْءَ الْإِثْبَاتِ يَكونُ عَلَى مَنْ ؟ وَإِذَا فُهِمَتْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ تَمَكنَ الْإِنْسَانُ مِنْ الْقَضَاءِ ، وَعِنْدَ عُلَمَاءِ الشريعة يَجْعَلُونَ قَوَاعِدَ يَسِيرُونَ عَلَيْهَا ؛ مِنْهَا مَثَلًا فِي قَوْلِ بَعْضِهِمْ: إِنَّ الْمُدَّعِي مَنْ إِذَا تَرَكَ الدَّعْوَى تُرِك وَلَمْ يُطَالِبْهُ أَحَدٌ بِشَيْءٍ ، بِخِلَافِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ؛ فَإِنَّهُ لَوْ تَرَكَ لَمْ يُتْرَك .

وَهُنَاك عَلَامَاتٌ تُحَدِّدُ الْمُدَّعِي مِنَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ؛ مَثَلًا: مِنْ قَوَاعِدِ الشريعة: أَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ ؛ فَمَنْ يَنسِبُ إِلَى شَيْءٍ مِنَ الذِّمَمِ عَدَمَ بَرَاءَتِهَا يَكونُ مُخَالِفًا لِلْأَصْلِ ، وَمِنْ ثَمَّ يَكونُ مُدَّعِيًا .

أَيْضًا مِنَ الْعَلَامَاتِ الَّتِي تُعِينُ فِي هَذَا: وُجُودُ الْيَدِ ؛ فَإِنَّ وُجُودَ الْيَدِ عَلَى مِلْك يَجْعَلُ صَاحِبَ الْيَدِ مُدَّعًى عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ الْإِنْسَانَ يَمْلِك مَا تَحْتَ يَدِهِ .

هَكذَا أَيْضًا: ظَاهِرُ الْحَالِ قَدْ يُعَرِّفُ الْقَاضِي بِالْمُدَّعِي مِنَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مَنْ كانَ قَوْلُهُ مُتَوَافِقًا مَعَ الظَّاهِرِ فَقَوْلُهُ أَرْجَحُ ؛ وَمِنْ ثَمَّ هُوَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ .

مسألة: لَوْ قَالَ الشَّاهِدُ: ذَهَابِي إِلَى مَجْلِسِ الْقَضَاءِ يحتاج إِلَى أُجْرَةٍ ، أَنَا فِي مَدِينَةٍ وَأَنْتُمْ فِي مَدِينَةٍ أُخْرَى ، فَمَنْ يَتكفَّلُ بِأُجْرَةِ الطَّائِرَةِ ، وَأُجْرَةِ السَّكنِ ، وَأُجْرَةِ السَّيَّارَةِ الَّتِي سَتُسْتَأْجَرُ مِنَ الْمَطَارِ إِلَى مَجْلِسِ الْقَضَاءِ ؟

الْعُلَمَاءُ لَهُمْ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ مَشْهُورَةٍ:

الْقَوْلُ الْأَوَّلُ: يَقُولُ: بِأَنَّ الْمُدَّعِي هُوَ الَّذِي يَتَحَمَّلُ هَذِهِ النَّفَقَاتِ .

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٤/٤٦٥ ، عمدة القاري ١٩/٤٤٧ ، تبيين الحقائق ٤/٢٩١ ، منار السبيل ٢/٤٢٢ ، الإجراءات القضائية لماهر خضير ص٩ .

وَالْقَوْلُ الثَّانِي: يَقُولُ: بِأَنَّ الْمَحْكومَ عَلَيْهِ هُوَ الَّذِي يَتَحَمَّلُ هَذِهِ النَّفَقَاتِ، فَلَوْ حُكم عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ قَالُوا: يَجِبُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ أَنْ يَدْفَعَ نَفَقَاتِ الشَّاهِدِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ ابْتِدَاءً لَمْ نَحْتَجْ إِلَى هَذِهِ النَّفَقَاتِ.

وَهُنَاكَ قَوْلٌ ثَالِثٌ: يَقُولُ: بِأَنَّ النَّفَقَاتِ تَكونُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ.

صِلَةُ نَظَرِيَّةِ الْإِثْبَاتِ بِالنَّظَرِيَّاتِ الْأُخْرَى:

أَمَّا عَنْ صِلَةِ هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ بِالنَّظَرِيَّاتِ الْأُخْرَى: فَهُنَاكَ نَظَرِيَّاتٌ تَنْشَأُ عَنْهَا نَظَرِيَّةُ الْإِثْبَاتِ؛ مِثْلُ: نَظَرِيَّةِ الدَّعْوَى، فَإِنَّ الدَّعْوَى تَكونُ أَوَّلًا، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِك نَنْظُرُ فِي الْإِثْبَاتِ وَوَسَائِلِهِ، وَهُنَاكَ أُمُورٌ مِنْ آثَارِ الْإِثْبَاتِ؛ مِنْ مِثْلِ: الِالْتِزَامِ، فَإِنَّهُ نَاشِئٌ مِنَ الْإِثْبَاتِ. وَمِنْ مِثْلِ: الْحُقُوقِ؛ فَإِنَّ عدداً من الحقوق نَاشِئٌ مِنَ الْإِثْبَاتِ.

ومن خلال ما سبق يتضح أن الإثبات موضوع حقوقي مستقل، يستخلص من أبواب فقهية متعددة يمكن أن تكون نظرية فقهية مستقلة، وإن كان ارتباط بباقي النظريات على ما تقدم.

الْمُقَارَنَةُ بَيْنَ النَّظْرَةِ الْفِقْهِيَّةِ وَالْقَانُونِيَّةِ لِمَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ:

وَيُمْكِنُ أَنْ نُبْرِزَ الْمُقَارَنَةَ بِعَدَدٍ مِنَ الْأُمُورِ، منها:

الْأَمْرُ الْأَوَّلُ: أَنَّ كثِيرًا مِنَ الْقَوَانِينِ تَجْعَلُ الْخُصُومَ شُهُودًا؛ بحيث يَجْعَلُونَ الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ شُهُودًا. بِخِلَافِ النَّظْرَةِ الْفِقْهِيَّةِ؛ فَهِيَ تَجْعَلُ كلَامَ الْخُصُومِ يَحْتَاجُ إِلَى إِثْبَاتٍ، وَيَجْعَلُونَ كلَامَ الشُّهُودِ بَيِّنَاتٍ وَدَلَائِلَ.

الْفَرْقُ الثَّانِي: أَنَّ النَّظْرَةَ الشرعية إِلَى مَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ فِيهَا اسْتِثَارَةُ جَانِبِ الدِّيَانَةِ فِي النُّفُوسِ؛ وَلِهَذَا مَثَلًا جَاءَتِ الشريعة بِإِيجَابِ إِدْلَاءِ الشَّاهِدِ بِالشَّهَادَةِ الَّتِي لَدَيْهِ، حَتَّى وَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ بِهَا الْخُصُومُ؛ وَلِذَا وَرَدَ فِي الْحَدِيثِ: (**أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ الشُّهَدَاءِ الَّذِي يَأْتِي بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا**)[1]. وَجَاءَتِ الشريعة بِتَحْرِيمِ كتْمَانِ الشَّهَادَةِ؛ قَالَ اللهُ تَعَالَى: ﴿**وَلَا**

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب الأقضية- باب بيان خير الشهود (١٧١٩).

تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾(١)، وَقَالَ سُبْحَانَهُ: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾(٢).

الْفَرْقُ الثَّالِثُ: أَنَّ الشَّهَادَةَ ليست قَسَمًا والشُّهُودُ لَا يُطَالِبونَ بِالْيَمِينِ في غير حالة الريبة، فإنه إِذَا جَاءَ الشَّاهِدُ يَشْهَدُ عِنْدَ القَضَاءِ يَكتَفُونَ بِقَوْلِهِ، وَلَا يُطَالِبُونَهُ باليَمِيْنِ؛ وَذَلِك لِأَنَّ الِاعْتِمَادَ عَلَى قَوْلِ الشَّاهِدِ وَشَهَادَتِهِ، وَلَيْسَ قَوْلُهُ يَمِينًا، بينما يرى القانونيون مطالبة الشاهد باليمين على أنه يقول الحق.

الْفَرْقُ الرَّابِعُ: أَنَّ الْفُقَهَاءَ عِنْدَهُمْ عَدَدٌ مِنَ الْقَرَائِنِ لَا يَعْتَبِرُهَا الْقَانُونِيُّونَ، وَمِنْ أَمْثِلَةِ ذَلِك: الْقِيَافَةُ وَتَتَبُّعُ الْأَثَرِ، وَمِنْ ذَلِك أَيْضًا: الْقَسَامَةُ فِي مَسَائِلِ الدِّمَاءِ، وَمِنْ ذَلِك أَيْضًا: الْفِرَاشُ فِي مَسَائِلِ النَّسَبِ.

الْفَرْقُ الْخَامِسُ: أَنَّ عُلَمَاءَ الشريعة يُضَيِّقُونَ وَسَائِلَ الْإِثْبَاتِ فِي أَبْوَابِ الْجِنَايَاتِ الَّتِي يَتَرَتَّبُ عَلَيْهَا عُقُوبَاتٌ، وَيُوَسِّعُونَ الْإِثْبَاتَ فِي أَبْوَابِ الْأَمْوَالِ؛ وَلِذَلِك فِي أَبْوَابِ الْحُدُودِ وَالْجِنَايَاتِ لَا بُدَّ مِنْ شَاهِدَيْنِ، بِخِلَافِ قَضَايَا الْأَمْوَالِ؛ فَإِنَّه يُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ. وَعِنْدَ الْجُمْهُورِ أَنَّهُ تُقْبَلُ شَهَادَةُ الرَّجُلِ وَيَمِينُ الْمُدَّعِي، بَيْنَمَا الْقَانُونِيُّونَ يَعْكِسُونَ؛ فَيَتَوَسَّعُونَ فِي وَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ فِي أَبْوَابِ الْجِنَايَاتِ، وَيُضَيِّقُونَ وَسَائِلَ الْإِثْبَاتِ فِي قَضَايَا الْحُقُوقِ الْمَالِيَّةِ.

الْفَرْقُ السَّادِسُ: أَنَّ الْفُقَهَاءَ يَرَوْنَ أَنَّ الشَّهَادَةَ مُقَدَّمَةٌ عَلَى الْقَرَائِنِ، وَيَجْعَلُونَ الشَّهَادَةَ وَسِيلَةً مُسْتَقِلَّةً، بَيْنَمَا الْقَانُونِيُّونَ يجعلون الشَّهَادَةَ بِمَثَابَةِ الْقَرِينَةِ، وَيُوَازِنُونَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ بَقِيَّةِ الْقَرَائِنِ، ويجعلون الشَّهَادَةَ مِنْ وَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ ذَاتِ الْقُوَّةِ الْمَحْدُودَةِ.

---

(١) سورة البقرة، الآية [٢٨٣].

(٢) سورة البقرة، الآية [٢٨٢].

الْفَرْقُ السَّابِعُ: أَنَّ الْقَانُونِيِّينَ يَجْعَلُونَ الإِثْبَاتَ مُرْتَبِطًا بِقَنَاعَةِ الْقَاضِي، أَوِ الْمُحَلَّفِينَ، بِخِلَافِ عُلَمَاءُ الشريعة فَيَجْعَلُونَ الْإِثْبَاتَ مَبْنِيًّا عَلَى وَسَائِلِهِ، وَلَا يَبْنُونَهُ عَلَى قَنَاعَةِ الْقَاضِي أَوْ غَيْرِهِ.

الْفَرْقُ الثَّامِنُ: أَنَّ الْقَانُونِيِّينَ يَجْعَلُونَ مَسَائِلَ الإِثْبَاتِ تَأْخُذُ حَيِّزًا كَبِيرًا مِنْ بَحْثِهِمُ الْقَانُونِيِّ؛ وَذَلِك لِأَنَّ الْقَضَاءَ مَبْنِيٌّ عَلَى الإِثْبَاتِ، وَالْقَانُونُ مُرَكِّزٌ عَلَى مَسَائِلَ فِي الْقَضَاءِ وَالنِّزَاعِ.

لَكِنَّ البَحْثَ فِي الإِثْبَاتِ لَا يَأْخُذُ حَيِّزًا كَبِيرًا عِنْدَ الْفُقَهَاءِ؛ وَذَلِك لِأَنَّ نَظْرَةَ الْفُقَهَاءِ لَيْسَتْ مُقْتَصِرَةً عَلَى الْجَانِبِ الْقَضائِي، فَالْجَانِبُ الْقَضَائِيُّ إِنَّمَا يُمَثِّلُ جُزْءًا مِنْ بحثهم، عَلَى أَنَّ الْفُقَهَاءَ عِنْدَهُمْ مِنَ التَّفْصِيلَاتِ وَالْجُزْئِيَّاتِ مَا لَا يَجِدُهُ الإِنْسَانُ عِنْدَ الْحُقُوقِيِّينَ وَالْقَانُونِيِّينَ.

وَبَعْضُ النَّاسِ قَدْ يَقُولُ: بِأَنَّ الْفُقَهَاءَ عِنْدَهُمُ اخْتِلَافَاتٌ كَثِيرَةٌ، وَإِذَا نَظَرَ الإِنْسَانُ إِلَى الْقَانُونِيِّينَ وَجَدَ أَنَّ لَدَيْهِمْ مِنَ الِاخْتِلَافِ أَضْعَافَ مَا لَدَى الْفُقَهَاءِ إِذَا قَارَنَّاهُ بِالنِّسْبَةِ؛ فَإِنَّ الْمَسَائِلَ الْقَانُونِيَّةِ إِذَا وَازَنَّاهَا بِالْخِلَافِ الْمَوْجُودِ عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ وَصَلْنَا إِلَى نِسْبَةٍ كَبِيرَةٍ، بَيْنَمَا إِذَا وَازَنَّا بَيْنَ الْمَسَائِلِ الْفِقْهِيَّةِ وَالْخِلَافِ الْفِقْهِيِّ، وَجَدْنَا أَنَّ النِّسْبَةَ أَقَلُّ بِكَثِيرٍ.

التَّأْلِيفُ فِي نَظَرِيَّةِ الإِثْبَاتِ:

بَعْدَ هَذَا نُورِدُ عَدَدًا مِنْ نَمَاذِجِ الْمُؤَلَّفَاتِ الَّتِي جَاءَت فِي نَظَرِيَّةِ الإِثْبَاتِ، هُنَاك الْعَدِيدُ مِنَ الْمُؤَلَّفَاتِ الَّتِي اشتملت عَلَى الْكلامِ عَنِ الإِثْبَاتِ؛ سَوَاءٌ مَا اسْتَقَلَّ مِنْهَا بِالنَّظَرِ الْفِقْهِيِّ، أَوْ مَا شَمِلَ الْمُقَارَنَةَ بَيْنَ النَّظَرِ الْفِقْهِيِّ وَالْقَانُونِيِّ، وَمِنْ أَمْثِلَةِ الْمُؤَلَّفَاتِ فِي هَذَا الْبَابِ:

«النَّظَرِيَّةُ الْعَامَّةُ لِإِثْبَاتِ مُوجِبَاتِ الْحُدُودِ» لِلشَّيْخِ عَبْدِ الله الرَّكبَان.

وَ«نَظَرِيَّةُ الدَّعْوَى وَالإِثْبَاتِ فِي الْفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ» لِلشَّيْخِ نَصْرُ فَرِيد وَاصِل.

وَ« أَدِلَّةُ الْإِثْبَاتِ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ » لِلدُّكْتُورِ مُحَمَّد الْحُقَيْل .

وَ« طُرُقُ الْقَضَاءِ فِي الشريعة » لِمَجِيدْ السَّمَاكِيَّة .

وَ« الْوَجِيزُ فِي الدَّعْوَى وَالْإِثْبَاتِ » لِلدُّكْتُورِ شَوْكَتْ عُلَيَّان .

وَ« نَظَرِيَّةُ الْإِثْبَاتِ فِي الْفِقْهِ الْجِنَائِيِّ الْإِسْلَامِيِّ » لِلدُّكْتُورِ أَحْمَدْ فَتْحِي بَهْنَسِي .

وَ« النَّظَرِيَّةُ الْعَامَّةُ لِلْقَضَاءِ وَالْإِثْبَاتِ فِي الشريعة الْإِسْلَامِيَّةِ » لِمُحَمَّد الْحَبِيب التُّجْكَانِيِّ .

وَ« النَّظَرِيَّةُ الْعَامَّةُ فِي الْإِثْبَاتِ » لِسَمِيرْ تَنَاغُو .

وَ« التَّوْضِيحُ فِي نَظَرِيَّةِ الْإِثْبَاتِ » لمحمد مَحْمُود الْعِزِّي .

وَ« الْإِثْبَاتُ بِالْقَرَائِنِ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ » لِلدُّكْتُورِ إِبْرَاهِيم الْفَايِز .

وَ« وَسَائِلُ الْإِثْبَاتِ فِي الشريعة الْإِسْلَامِيَّةِ » لِلدُّكْتُورِ مُحَمَّد الزُّحَيْلِي .

و« أحكام الإثبات » للدكتور رضا المرغني .

وَ« نَظَرِيَّةُ الْإِثْبَاتِ » لِحُسَيْن حُسَيْن الْمُؤْمِنْ .

وَ« مِنْ طُرُقِ الْإِثْبَاتِ فِي الشريعة وَالْقَانُونِ » لِلدُّكْتُور أَحْمَد الْبَهِيِّ .

كذَلِكَ مِنَ الْمُؤَلَّفَاتِ: « الْمُسْتَنَدَاتُ الْكتَابِيَّةُ وَقُوَّتُهَا فِي الْإِثْبَاتِ » لِعَبْد الْعَزِيز الدُّغَيْثِر .

وَ« الْقَضَاءُ وَنِظَامُ الْإِثْبَاتِ فِي الْفِقْهِ » مَحْمُود مُحَمَّد هَاشِمْ .

وَ« الْإِثْبَاتُ الْجِنَائِيُّ فِي ضَوْءِ الْقَضَاءِ وَالْفِقْهِ » عَبْد الْحَمِيد الشَّوَارِبِيّ .

وَ« طُرُقُ الْإِثْبَاتِ الشرعية » أحمد إِبْرَاهِيم .

وَ« الدَّعْوَى وَطُرُقُ الْإِثْبَاتِ » لِلدُّكْتُورِ عَبْد الْحَمِيد مَيْهُوب عُوَيْس .

وَ« عِلْمُ الْقَضَاءِ وَأَدِلَّةُ الْإِثْبَاتِ فِي الْفِقْهِ » لِأَحْمَد الْحُصَرِيّ .

و« الوجيز في الإثبات في مواد الأحوال الشخصية ، فقهاً وقضاءً » للدكتور إبراهيم سيد أحمد .

و« علم القضاء ، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي » للدكتور أحمد الحصري .

و« أحكام وقواعد عبء الإثبات » للدكتور محمد النشار .

و« المحررات وحجيتها في الفقه الإسلامي والقانون اليمني » للدكتور عبدالله فروان .

و« توضيح في نظرية الإثبات » لمحمد العربي .

و« أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي » لبكوس يحيى .

وَهَذِهِ نَمَاذِجُ مِنَ المُؤَلَّفَاتِ الَّتِي أُلِّفَت فِي هَذَا البَابِ .

*****

الفصل الثامن

نَظَرِيَّةُ الْغَرَرِ

تظهر أهمية هذه النظرية من كون الغرر من أكبر أسباب الأزمات المالية، كما تبرز أهميتها من ظهور العديد من المعاملات في هذا العصر أكثرها يشتمل على صور من الغرر.

التَّعْرِيفُ اللُّغَوِيُّ لِلْغَرَرِ:

الْغَرَرُ فِي اللُّغَةِ:

هُوَ تَعْرِيضُ الْمَرْءِ نَفْسَهُ لِلْهَلَاكِ. وَقَدْ يُطْلَقُ أَيْضًا عَلَى الْخَطَرِ، أَوِ الْخُدْعَةِ، وَالْجَهْلِ، وعَدَمِ مَعْرِفَةِ الْعَوَاقِبِ(١)، وَقَدْ قَالَ اللهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿لَا يَغُرَّنَّكَ تَقَلُّبُ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ فِى ٱلْبِلَٰدِ﴾(٢)، وَقَالَ سُبْحَانَهُ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاس إِنَّ وَعْدَ ٱللَّهِ حَقٌّ ۖ فَلَا تَغُرَّنَّكُمُ ٱلْحَيَوٰةُ ٱلدُّنْيَا ۖ وَلَا يَغُرَّنَّكُم بِٱللَّهِ ٱلْغَرُورُ﴾(٣)، وقال سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلْإِنسَٰنُ مَا غَرَّكَ بِرَبِّكَ ٱلْكَرِيمِ﴾(٤).

قَالَ الْقَاضِي عِيَاضٌ: أَصْلُ الْغَرَرِ لُغَةً: مَا لَهُ ظَاهِرٌ مَحْبُوبٌ وَبَاطِنٌ مَكْرُوهٌ؛ وَلِذَا سُمِّيَتِ الدُّنْيَا: مَتَاعُ الْغُرُورِ(٥).

وَقَدْ يَكُونُ الْغَرَرُ مِنَ الْخَدِيعَةِ، وَمِنْهُ قِيلَ: الْغِرُّ لِلْمُخَادِعِ أَوِ الْخَدَّاعِ. وَقَدْ يُقَالُ ذَلِك أَيْضًا لِمَنْ يُمْكِنُ أَنْ يخدع.

---

(١) لسان العرب ٤١/١٠ (غرر)، معجم مقاييس اللغة ٢٩٧/٢ (غرر).

(٢) سورة آل عمران، الآية [١٩٦].

(٣) سورة فاطر، الآية [٥].

(٤) سورة الانفطار، الآية [٦].

(٥) الفروق للقرافي ٢٦٦/٣.

تَعْرِيفُ الْغَرَرِ عِنْدَ الْفُقَهَاءِ:

وَأَمَّا تَعْرِيفُ الغَرَرِ فِي الاِصْطِلَاحِ ؛ فَهُنَاك مَنْ يجعل الْغَرَرَ هُوَ الْجَهَالَةُ ، ويخرج ما وقع شك في حصوله(١) ، وَهُنَاك مَنْ لَا يُدْخِلُ الْمَجْهُولَ فِي مُسَمَّى الْغَرَرِ ، ويحصر الغرر على ما لا يدرى أيحصل أم لا ؟(٢) وَهُنَاك مَنْ يجعل الْمَجْهُولَ أَحَدَ أَجْزَاءِ الْغَرَرِ ، وَيُدْخِلُ فِي الْغَرَرِ أُمُورًا أُخْرَى(٣) .

وَلِذَلِك كانَ مِنْ تَعْرِيفَاتِ الْفُقَهَاءِ لِلْغَرَرِ قَوْلُ بَعْضِهِمْ: الْغَرَرُ مَا انْطَوَى عَنْك أَمْرُهُ ، وَخَفِيَتْ عَلَيْك عَاقِبَتُهُ(٤) .

وَقَولُ بَعْضُهُمْ: مَا احْتَمَلَ أَمْرَيْنِ أَغْلَبُهُمَا أَخْوَفُهُمَا(٥) .

وَقَولُ آخَرُونَ: الْغَرَرُ مَا تَرَدَّدَ بَيْنَ السَّلَامَةِ وَالْعَطَبِ ؛ يَعْنِي : الْهَلَاك(٦) .

وَهَكَذَا قَوْلُ بَعْضِهِمْ: الْغَرَرُ مَا لَا يُدْرَى عَنْ حُصُولِهِ ، أَوْ مَا يَكونُ مَسْتُورَ الْعَاقِبَةِ(٧) .

تَعْرِيفُ الْغَرَرِ عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ:

وَأَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِلقَانُونِيِّيْنَ ؛ فإِنَّهُمْ لَا يُرَكزُونَ عَلَى الْغَرَرِ كثِيرًا ، وَمَنْ تَحَدَّثَ مِنْهُمْ عَنِ الْغَرَرِ قَصَرَهُ عَلَى مَا يَكونُ فِي مَحَلِّ الْعَقْدِ ، أَوْ فِي مِقْدَارِهِ ؛ وَلِذَلِك يَقِلُّ الْحَدِيثُ عَنِ الْغَرَرِ عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ ، إِلَّا مَنِ اسْتَقَى أَحْكامَ الْغَرَرِ مِنَ الشريعة الْإِسْلَامِيَّةِ .

---

(١) انظر : المحلى لابن حزم ٨/٣٤٣ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٤/١٤٧ .

(٣) انظر : المبسوط ١٣/١٩٤ .

(٤) المهذب للشيرازي ١/٢٦٩ ، العناية بهامش فتح القدير ٥/١٩٢ ، وانظر : مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٢٢ ، المبسوط ١٢/١٩٤ ، حاشية ابن قاسم على الروض ٤/٣٥٠ .

(٥) نهاية المحتاج للرملي ٣/٤٠٥ ، بدائع الصنائع ٥/٢٦٣ .

(٦) التاج والإكليل ٤/٣٦٢ .

(٧) الفروق للقرافي ٣/٢٦٥ ، القواعد النورانية لابن تيمية ص١٩٢ .

وَقَدْ ذُكِرَ مَا يَتَعَلَّقُ بِالْغَرَرِ فِيمَا يُسَمَّى بِـ (الْعَقْدِ الِاحْتِمَالِيِّ)، وَالْمُرَادُ بِالْعَقْدِ الِاحْتِمَالِيِّ: الْعَقْدُ الَّذِي لَا يَسْتَطِيعُ فِيهِ كلٌّ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ تَحْدِيدَ وَقْتِ تَمَامِ الْعَقْدِ، أَوْ مَا سَيَأْخُذُهُ، أَوْ مَا سَيَدْفَعُهُ، بِحَيْثُ يَتَحَدَّدُ ذَلِك مُسْتَقْبَلًا(١). وَبِذَلِك نَعْرِفُ أَنَّ مَفْهُومَ الْغَرَرِ عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ ضَيِّقٌ جِدًّا.

الْفَرْقِ بَيْنَ الْغَرَرِ وَمَا لَهُ بِهِ نَوْعُ اتِّصَالٍ:

١- **كَلِمَةُ الْغَبْنِ:** الْمُرَادُ بِالْغَبْنِ: الزِّيَادَةُ الْفَاحِشَةُ فِي سِعْرِ الْمَبِيعِ، أَوِ النُّقْصَانُ الْفَاحِشُ، أَوِ الْإِخْبَارُ بِخِلَافِ الثَّمَنِ؛ كمَا لَوْ قَالَ: اشتريتها بعشرة، وَأَبِيعُهَا لَك بِمِثْلِ ذَلِك، وَهُوَ إِنَّمَا اشْتَرَاهَا بِخَمْسَةٍ. وَمِنْ هُنَا: فَالْغَبْنُ مُتَعَلِّقٌ بِالثَّمَنِ، أَمَّا الْغَرَرُ فَإِنَّهُ يَشْمَلُ مَا يَتَعَلَّقُ بِصِفَةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ.

٢- **الْجَهَالَةُ:** الْجَهَالَةُ على الصحيح جُزْءٌ مِنْ أَجْزَاءِ الْغَرَرِ؛ فَكلُّ جَهَالَةٍ فِيهَا غَرَرٌ، وَهُنَاك أَشْيَاءُ مِنَ الْغَرَرِ لَيْسَتْ مِنْ الْجَهَالَةِ(٢)، وقيل: الغرر يرجع للاحتمال في حصول الشيء أو عدم حصوله، أما المجهول فيتعلق بعدم العلم بالصفة(٣).

٣- **الْقِمَارِ:** فَإِنَّ الْقِمَارَ الْمُرَادُ بِهِ: الْغُرْمُ الْمُحَقَّقُ، وَالْغُنْمُ الْمَظْنُونُ؛ مِثَالُ ذَلِك: يَشْتَرِي أُنَاسٌ كثُرٌ وَرَقَةً بِرِيَالٍ -كلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يَشْتَرِي وَرَقَةً- ثُمَّ يَضْرِبُونَ قُرْعَةً لِهَذِهِ الْأَوْرَاقِ؛ فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ أُعْطِي مِائَةً. هَذَا قِمَارٌ؛ لِأَنَّهُ غُرْمٌ مُحَقَّقٌ، يَدْفَعُ رِيَالًا وَقَدْ يُحَصِّلُ الْمِائَةَ وَقَدْ لَا يُحَصِّلُهَا، وَلَا يُحَصِّلُهَا إِلَّا أَحَدُهُمْ، فَهَذَا قِمَارٌ، وَالْقِمَارُ نَوْعٌ مِنْ أَنْوَاعِ الْغَرَرِ، وهناك أنواع من الغرر ليست قماراً(٤).

---

(١) مصادر الالتزام للسنهوري ص١٦٤، الغرر للصديق الضرير ص٦٣.

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/٢٥.

(٣) الفروق للقرافي ٣/٢٦٥.

(٤) الغرر للضرير ص٦١، ويفهم من كلام شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/٢٣ خلاف ذلك.

٤- **التَّفْرِيقُ بَيْنَ الْغَرَرِ وَالتَّغْرِيرِ:** وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا يَظْهَرُ فِي جَانِبَيْنِ:

الْجَانِبُ الْأَوَّلُ: أَنَّ التَّغْرِيرَ خِدَاعٌ؛ كَمَا لَوْ بَاعَهُ سَيَّارَةً عَلَى أَنَّهَا مِنَ الْمُودِيلِ الْفُلَانِيِّ، وَتَكونُ قَبْلَ ذَلِك بِسَنَوَاتٍ، هَذَا تَغْرِيرٌ. وَأَيْضًا: يُزَوِّجُهُ الْمَرْأَةَ عَلَى أَنَّ سِنهَا عشرون، وَيَكونُ سِنُّهَا ثَلَاثِينَ، هَذَا تَغْرِيرٌ.

فَالتَّغْرِيرُ خِدَاعٌ يَقَعُ مِنْ أَجْلِ إِيهَامِ الْعَاقِدِ الْآخَرِ بِخِلَافِ الْوَاقِعِ، مِمَّا يَجْعَلُهُ يُقْدِمُ عَلَى إِبْرَامِ الْعَقْدِ. بِخِلَافِ الْغَرَرِ؛ فَإِنَّ الْجَهَالَةَ فِيهِ مِنَ الطَّرَفَيْنِ؛ إِذْ كلٌّ مِنْهُمَا يَجْهَلُ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ.

الْجَانِبُ الثَّانِي: أَنَّ الْغَرَرَ مُبْطِلٌ لِلْعَقْدِ؛ بِحَيْثُ لَا يَصِحُّ الْعَقْدُ مِنْ أَصْلِهِ. بِخِلَافِ التَّغْرِيرِ؛ فَإِنَّهُ يُخَوِّلُ مَنْ خُدِعَ بِأَنْ يَفْسَخَ الْبَيْعَ، فَنَجْعَلُ لَهُ الْخِيَارَ بَيْنَ إِمْضَاءِ الْبَيْعِ وَفَسْخِهِ(١).

حُكمُ الْغَرَرِ:

الْغَرَرِ مِنَ الْمُحَرَّمَاتِ، وَلَا يجوز عَقْدُ الغَرَرِ؛ وَذَلِك لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾(٢)، وَقَوْلِهِ جَلَّ وَعَلَا: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾(٣)، وَقَوْلِهُ سُبْحَانَهُ: ﴿فَبِظُلْمٍ مِّنَ ٱلَّذِينَ هَادُواْ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَٰتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ وَبِصَدِّهِمْ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ كَثِيرًا ﴿١٦٠﴾ وَأَخْذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدْ نُهُواْ عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَٰلَ ٱلنَّاسِ بِٱلْبَٰطِلِ﴾(٤). فَجَعَلَ أَكلَ أَمْوَالِ

---

(١) أحكام المعاملات المالية للخفيف ص٣٧٧، المدخل للفقه الإسلامي لمدكور ص٦٤٧، الغرر للضرير ص٥٦.

(٢) سورة البقرة، الآية [١٨٨].

(٣) سورة النِّسَاء، الآية [٢٩].

(٤) سورة النِّسَاء، الآيتان [١٦٠، ١٦١].

الْآخَرِينَ بِالْبَاطِلِ مِنْ أَسْبَابِ نُزُولِ الْعُقُوبَاتِ فِي الدُّنْيَا، ومن أنواع أكل مال الآخرين بالباطل عقود الغرر(١).

وَيَدُلُّ عَلَى الْمَنْعِ مِنْ بَيْعِ الْغَرَرِ: مَا وَرَدَ فِي «الصَّحِيحِ» مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ: (أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ)(٢). كما يَدُلُّ عَلَى الْمَنْعِ مِنْهُ: النُّصُوصُ النَّبَوِيَّةُ الْمُتَعَاقِبَةُ فِي النَّهْيِ عَنْ صُوَرٍ مِنْ صُوَرِ الْغَرَرِ؛ مِنْ مِثْلِ حَدِيثِ: (نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمُلَامَسَةِ، وَالْمُنَابَذَةِ)(٣). وَحَدِيثِ: (نَهَى عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ)(٤)، وَنَحْوِ هَذَا.

قَالَ النَّوَوِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: النَّهْيُ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ أَصْلٌ عَظِيمٌ مِنْ أُصُولِ كتَابِ الْبُيُوعِ، يَدْخُلُ فِيهِ مَسَائِلُ كثِيرَةٌ غَيْرُ مُنْحَصِرَةٍ(٥).

الْحِكْمَةُ مِنَ النَّهْيِ عَنِ الْغَرَرِ:

وَالنَّاظِرُ فِي النَّهْيِ عَنِ الْغَرَرِ يَجِدُ أَنَّ هُنَاكَ حِكَمًا كثِيرَةً مُتَرَتِّبَةً عَلَى هَذَا الْمَنْعِ، مِنْ تِلْكَ الْحِكَمِ:

أَوَّلًا: أَنَّ عُقُودَ الْغَرَرِ مِنْ أَكلِ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ؛ مِمَّا يَجْعَلُ النَّاسَ يَتَجَرَّأُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ فِي أَكلِ أَمْوَالِهِمْ.

وَثَانِيًا: عُقُودُ الْغَرَرِ تُؤَدِّي إِلَى التَّنَازُعِ وَالشِّقَاقِ.

---

(١) انظر: سبل السلام ٤/ ٩٠، شرح الزرقاني للموطأ ٣٩٧/٣، تفسير ابن سعدي ص١٧٥، تفسير المنار ٦/ ١٠٠، المفهم ١٥٣/٦.

(٢) أخرجه مسلم في كتاب البيوع- باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر (١٥١٣).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب البيوع- باب بيع الملامسة (٢١٤٤)، ومسلم في كتاب البيوع- باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة (١٥١٢).

(٤) أخرجه مسلم في كتاب البيوع- باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر (١٥١٣).

(٥) شرح صحيح مسلم للنووي ١١/ ١٥٦.

وَثَالِثًا: الْمَنْعُ مِنْ عُقُودِ الْغَرَرِ يُؤَدِّي إِلَى اسْتِقْرَارِ الْعُقُودِ وَالْمُعَامَلَاتِ.

وَرَابِعًا: عُقُودُ الْغَرَرِ تُؤَدِّي إِلَى أَنْ يَفْقِدَ النَّاسُ ثِقَتَهُمْ بِبَعْضِهِمْ؛ فَإِذَا كُنْتَ لَا تَأْمَنُ مِنْ وُجُودِ الْمُفَارَقَاتِ الْكَبِيرَةِ بَيْنَ مَا تُؤَمِّلُ أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ، وَبَيْنَ حَقِيقَتِهِ، فَهَذَا يَجْعَلُكَ تَفْقِدُ الثِّقَةَ وَلَا تَطْمَئِنُّ إِلَى التَّعَامُلِ مَعَ الْآخَرِينَ؛ وَلِذَلِكَ فَإِنَّ عُقُودَ الْغَرَرِ مِنْ أَكْبَرِ أَسْبَابِ الْأَزَمَاتِ الِاقْتِصَادِيَّةِ الَّتِي تَمُرُّ عَلَى النَّاسِ(١).

تطْبيقاتُ الْغَرَرِ:

فُقَهَاءُ الشريعة بَحَثُوا فِي الغَرَرِ، وَذَكَرُوا لِلْغَرَرِ تَطْبِيقَاتٍ كَثِيرَةً؛ وَمِنْ أَمْثِلَةِ ذَلِكَ: مَا يَذْكُرُونَهُ فِي شُرُوطِ الْعُقُودِ مِنْ وُجُوبِ الْعِلْمِ بِالْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَمَعْرِفَةِ الثَّمَنِ، وَهَكَذَا أَيْضًا يَبْحَثُونَ فِي مَسَائِلِ الْجَهَالَةِ وَالْقِمَارِ.

وَالْغَالِبُ أَنَّهُمْ يُدْخِلُونَ مَسَائِلَ الْغَرَرِ فِي ثَنَايَا بُحُوثِهِمُ الْفِقْهِيَّةِ، وَإِنْ وُجِدَ مِنَ الْفُقَهَاءِ مَنْ يُفْرِدُ الْغَرَرَ بِعَنَاوِينَ مُسْتَقِلَّةٍ، وَمِنْ هَؤُلَاءِ: ابْنُ رُشْدٍ الْجَدُّ فِي كِتَابِهِ «الْمُقَدِّمَاتِ الْمُمَهِّدَاتِ»، وَحَفِيدُهُ فِي «بِدَايَةِ الْمُجْتَهِدِ»، وَالنَّوَوِيُّ فِي «الْمَجْمُوعِ»، وَالْمَاوَرْدِيُّ فِي «الْحَاوِي»، وَشَيْخُ الْإِسْلَامِ ابْنُ تَيْمِيَّةَ فِي «الْقَوَاعِدِ النُّورَانِيَّةِ»، وَالْقَرَافِيُّ فِي «الْفُرُوقِ»؛ حَيْثُ جَعَلَ لَهَا قَاعِدَةً مُسْتَقِلَّةً.

المقارنة بين بحث الربا وبحث الغرر:

عُنِي بعض الْمُعَاصِرِينَ بِبَابِ الْغَرَرِ -وَإِنْ كانَ اهْتِمَامُ الْفُقَهَاءِ بِالرِّبَا أَكْثَرُ-؛ ويمكن أن نعيد شدة اهتمام الفقهاء بالربا أكثر من اهتمامهم بالغرر لِثَلَاثَةِ أُمُورٍ:

الْأَمْرُ الْأَوَّلُ: أَنَّ بَابَ الرِّبَا مَحْسُومٌ؛ إِذْ يُمْنَعُ مِنْ قَلِيلِهِ وَكَثِيرِهِ، بِخِلَافِ الْغَرَرِ.

الْأَمْرُ الثَّانِي: أَنَّ النُّصُوصَ الْوَارِدَةَ فِي التَّشْدِيدِ فِي بَابِ الرِّبَا كَثِيرَةٌ مُتَعَدِّدَةٌ، بِخِلَافِ الْغَرَرِ.

---

(١) انظر: شرح الزرقاني ٣/٣٩٧، شرح البخاري لابن بطال ٦/٣٧١.

الأَمْرُ الثَّالِثُ: أَنَّ مَنْ لَا يُدْرِك عَوَاقِبَ الْأُمُورِ قَدْ يَظُنُّ أَنَّ فِي الرِّبَا مَصْلَحَةً لَهُ؛ يَجِدُ أَنَّهُ يَدْفَعُ الْمِائَةَ وَيَأْخُذُ مِائَةً وَزِيَادَةً بَعْدَ سَنَةٍ، فَيَظُنُّ أَنَّهُ يَسْتَفِيدُ بِذَلِك، وَهُوَ فِي حَقِيقَةِ الْأَمْرِ يَتَضَرَّرُ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى تَقْلِيلِ الْأَعْمَالِ، وَبِالتَّالِي لَا تَنْمُو الْأَمْوَالُ، وَالزِّيَادَةُ الَّتِي تكونُ فِي الرِّبَا أَقَلُّ مِنْ نُقْصَانِ قِيمَةِ الْمَالِ، فَإِنَّ قِيَمَ الْأَمْوَالِ النَّقْدِيَّةَ تَنْقُصُ، وَهَذَا النَّقْصُ أَكْثَرُ مِنَ الزِّيَادَةِ الَّتِي يَظُنُّ الْمُرَابِي أَنَّهُ قَدْ حَصَّلَهَا.

أهمية البحث الفقهي للغرر:

ويمكن معرفة أهمية البحث الفقهي في مسائل الغرر من عدة أمور:

أولها: تفرق مسائل الغرر في الأبواب الفقهية؛ فكل العقود لا تخلو من احتمال وقوع الغرر فيها.

ثانيها: تعدد المسائل المعاصرة التي لها ارتباط بالغرر مثل التأمين، ونظام التقاعد والرهان.

ثالثها: أن من أهم أسباب الاستقرار في المعاملات المالية هو الابتعاد عن الغرر.

رابعها: الحاجة للتفريق بين ما يحل من الغرر وما لا يحل منه.

خامسها: حاجة الناس إلى حماية أموالهم من المتلاعبين باسم عقود الغرر.

سادسها: أن الغرر من الضوابط الشرعية في حكم التعاملات.

صُوَرٌ مِنَ الْغَرَرِ أجازتها الشريعة:

تَقَدَّمَ مَعَنَا أَنَّ الْغَرَرَ لَا يُمْنَعُ كلُّهُ وَلَا يحسم بَابُهُ، بَل هُنَاك صُوَرٌ مِنَ الْغَرَرِ أَجَازَتْهَا الشريعة، وَأَضْرِبُ لِذَلِك مِثَالًا:

لَوْ كانَ عِنْدِي مَنْزِلٌ فِي مَدِينَةٍ أُخْرَى، فَعَرَضْتُهُ عَلَيْك، فَاشْتَرَيْتَهُ مِنِّي، وَأَنْتَ لَا تَعْرِفُ مِسَاحَتَهُ، وَلَا تَعْرِفُ مَوْقِعَهُ، وَلَا تَعْرِفُ كيْفِيَّةَ تَصْمِيمِ بِنَائِهِ، وَلَا تَعْرِفُ أَيَّ شَيْءٍ عَنْ هَذَا الْمَسْكنِ. فَهَذَا غَرَرٌ، الشريعة تَمْنَعُ مِنْهُ.

لَكنْ لَوْ بِعْتُك هَذِهِ الدَّارَ ، فَأَنْتَ تَجْهَلُ مَا يَتَعَلَّقُ بِأَسَاسَاتِ الدَّارِ ، وَلَا تَدْرِي يُمْكنُ أَنْ يَكونَ الْحَدِيدُ الَّذِي وُضِعَ فِي أَسَاسِ الْبُنْيَانِ مِمَّا قَدْ لَحِقَهُ الصَّدَأُ ، وَيُمْكنُ أَنْ تكونَ قَوَاعِدُ الْبُنْيَانِ قَدْ وُجِدَ فِيهَا شَيْءٌ مِنَ التَّصَدُّعِ . وَمَعَ ذَلِك هَذَا الْبَيْعُ جَائِزٌ ، وَهَذَا الْغَرَرُ الْمَوْجُودُ فِي هَذَا الْعَقْدِ لَا يُؤَثِّرُ عَلَى صِحَّةِ الْعَقْدِ .

فَلِمَاذَا مَنَعْنَا مِنْ الصُّورَةِ الْأُولَى بِحُجَّةِ أَنَّ فِيهَا غَرَرًا ؟ وَأَجَزْنَا الثَّانِيةَ مَعَ أَنَّ فِيهَا غَرَرًا ؟ إذن لَيْسَ كلُّ غَرَرٍ مُؤَثِّرًا .

الضَّابِطُ الَّذِي نُفَرِّقُ بِهِ بَيْنَ الْغَرَرِ الْمُؤَثِّرِ وَالْغَرَرِ غَيْرِ الْمُؤَثِّرِ:

الْعُلَمَاءُ لَهُمْ فِي هَذَا ثَلَاثَةُ مَنَاهِجُ :

الْمَنْهَجُ الْأَوَّلُ: التَّفْرِيقُ بَيْنَ الْكثْرَةِ وَالْقِلَّةِ ؛ قَالُوا : فَالْغَرَرُ الْقَلِيلُ يُعْفَى عَنْهُ ، وَالْغَرَرُ الْكثِيرُ لَا يُعفَى عَنْهُ(١) .

وَلَكنْ هَذَا الضَّابِطُ غَيْرُ مَعْرُوفِ الْمَعَالِمِ ؛ إِذْ مَتَى يَكونُ الْغَرَرُ كثِيرًا ، وَمَتَى نَحْكمُ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ قَلِيلٌ ؟ وَالْقَاعِدَةُ فِي الشريعة : أَنَّ الْأَوْصَافَ غَيْرُ الْمُنْضَبِطَةِ لَا يَصِحُّ تَعْلِيقُ الْأَحْكامِ عَلَيْهَا .

الْمَنْهَجُ الثَّانِي: أَنَّ مَا وَقَعَتْ حَاجَةٌ عَامَّةٌ لَهُ فَإِنَّه يُعْفَى عَنِ الْغَرَرِ فِيهِ . وَهَذَا أَيْضًا غَيْرُ مُنْضَبِطٍ ؛ إذ مَنِ الَّذِي يُقَرِّرُ بِأَنَّهَا حَاجَةٌ عَامَّةٌ ؟

الْمَنْهَجُ الثَّالِثُ: التَّفْرِيقُ بَيْنَ الْغَرَرِ الْأَصِيلِ وَالْغَرَرِ التَّابِعِ ؛ فَإِذَا كانَ الْغَرَرُ يَتَعَلَّقُ بِأَصْلٍ فِي الْعَقْدِ ، فَإِنَّهُ يُمْنَعُ مِنَ الْعَقْدِ ؛ وَلِهَذَا إِذَا بَاعَ حَمْلَ الشَّاةِ لَمْ يَصِحَّ الْعَقْدُ ، لِأَنَّ الْعَقْدَ قَدْ اشْتَمَلَ أَصَالَةً عَلَى الْغَرَرِ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ بَاعَ شَاةً فِي بَطْنِهَا حمل ؛ فَإِنَّ الحمل تَابِعٌ ، فَاغْتُفِرَ الْغَرَرُ فِيهِ(٢) .

---

(١) الغرر للصديق الضرير ، وانظر: إدرار الشروق لابن الشاط ٢٦٦/٣ ، زاد المعاد لابن القيم ٨٢٠/٥ ، مقدمات ابن رشد ٥٤٨/٢ .

(٢) المجموع للنووي ٢٥٨/٩ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٢٠ ، المنتقى للباجي ٤١/٥ .

وَمِثْلُ هَذَا: لَوْ بَاعَ الثِّمارَ قَبْلَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ؛ فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ هَذَا الْعَقْدُ، لِأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ أَصَالَةً عَلَى مَا فِيهِ غَرَرٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الْأَشْجَارَ وَعَلَيْهَا الثِّمارُ قَبْلَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ؛ فَإِنَّهُ حِينَئِذٍ يَصِحُّ الْعَقْدُ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الثِّمارَ هُنَا لَمْ يَقَعِ الْعَقْدُ عَلَيْهَا أَصَالَةً، وَإِنَّما وَقَعَ تَبَعًا.

وَحِينَئِذٍ نَقُولُ: مَا غَلَبَ عَلَى الْعَقْدِ مِنَ الْغَرَرِ حَتَّى أَصْبَحَ الْعَقْدُ يُوصَفُ بِهِ، فَإِنَّهُ غَرَرٌ مُؤَثِّرٌ؛ وَلِذَلِكَ وَرَدَ فِي الْحَدِيثِ: أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمارِ قَبْلَ بُدُوِّ الصَّلَاحِ(١)، وَفِي الْحَدِيثِ الْآخَرِ: **(مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَبْلَ أَنْ يُؤَبَّرَ فَثَمَرَتُهُ لِلْمُبْتَاعِ)**، وَقَالَ: **(مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ)**(٢).

وَيَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ هَذَا الْفَرْقِ: حَدِيثُ النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ؛ فَإِنَّهُ لَمْ يَقُلْ: نَهَى عَنِ الْغَرَرِ، وَلَمْ يَقُلْ: نَهَى عَنْ بَيْعٍ فِيهِ غَرَرٌ، وَإِنَّما قَالَ: نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ. مِمَّا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْحُكْمَ يَتَعَلَّقُ بِالْعَقْدِ الَّذِي يُبْنَى عَلَى الْغَرَرِ، وَلَيْسَ الْمُرَادُ بِالنَّهْيِ: الْعَقْدُ الَّذِي يَقَعُ فِي أَثْنَائِهِ غَرَرٌ عَلَى جِهَةِ التَّبَعِيَّةِ.

أنواع العقود بالنسبة إلى الغرر:

أَمَّا عَنْ أَنْوَاعِ الْعُقُودِ بِالنِّسْبَةِ لِلْغَرَرِ: فَيُمْكِنُ أَنْ نُقَسِّمَهَا بِاعْتِبَارَاتٍ:

النَّوْعُ الْأَوَّلُ: الْغَرَرُ فِي التَّبَرُّعَاتِ:

هَلْ يَصِحُّ عَقْدُ التَّبَرُّعِ الَّذِي يَكُونُ مَبْنِيًّا عَلَى الْغَرَرِ أَوْ لَا؟ مِثَالُ ذَلِكَ: مَا لَوْ قَالَ لَهُ: وَهَبْتُكَ مَا فِي سَيَّارَتِي مِنَ الْمَالِ. قَالَ: قَبِلْتُ. وَهُمَا لَا يَعْلَمَانِ ما الذي فِي السَّيَّارَةِ مِنَ الْمَالِ، فَهَلْ يَصِحُّ هَذَا الْعَقْدُ أَوْ لَا يَصِحُّ؟ هَذَا مِنْ مَوَاطِنِ الْخِلَافِ بَيْنَ فُقَهَاءِ الشريعة: وَعِنْدَ

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة- باب من باع ثماره أو نخله أو أرضه أو زرعه (١٤٨٦)، ومسلم في كتاب البيوع- باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع (١٥٣٤).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب البيوع- باب من باع نخلا قد أبرت أو أرضا مزروعة أو بإجارة (٢٢٠٤)، ومسلم في كتاب البيوع- باب من باع نخلا عليها ثمر (١٥٤٣).

مَالِك وَأَحْمَدَ أَنَّ الْعَقْدَ صَحِيحٌ(١).

النوع الثَّانِي: العُقُودُ المُخَوِّلَةُ بالتَّصَرُّفَاتِ أوْ عُقُودُ التَّوْثِيقَاتِ:

وَمِنْ هَذَا عُقُودُ الشركة، وَعَقْدُ الضَّمَانِ، وَالْكفَالَةِ.

أَمَّا بِالنِّسْبَةِ للشركات: فَالأَصْلُ النَّهْيُ عَنِ الْمُشَارَكَةِ بِمَا يكونُ الْغَالِبُ فِيهِ الْغَرَرُ، لَكِنْ هُنَاك مَنْ يَتَوَسَّعُ فِي الْمَنْعِ مِنْ بَابِ الْغَرَرِ فِي عُقُودِ الشَّركاتِ؛ وَلِذَلِك نَجِدُ أَنَّ بَعْضًا مِنْ فُقَهَاءِ الشَّافِعِيَّةِ لَا يُصَحِّحُ شَرِكةَ الأَبْدَانِ، وَلَا شَرِكةَ الْوُجُوهِ، وَلَا شركة المفَاوَضاتِ؛ بِنَاءً عَلَى وُجُودِ الْغَرَرِ فِيهَا. بَيْنَمَا يَرَى آخَرُونَ أَنَّ الْغَرَرَ فِي هَذِهِ الْعُقُودِ مُحْتَمَلٌ؛ وَبِالتَّالِي تَصِحُّ هَذِهِ الْعُقُودَ(٢).

مَسْأَلَة: هَلْ يَصِحُّ لِي أَنْ أَضْمَنَ أَوْ أَكفَلَ فِي مالٍ مَجْهُولٍ؟

لَوْ قَالُوا: فُلَانٌ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَأُدْخِلَ السِّجْنَ، فَجَاءَ إِلَى الدَّائِنِ وَقَالَ: أَنَا أَضْمَنُ مَا عَلَى فُلَانٍ مِنَ الْمَالِ. وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِمِقْدَارِهِ، هَلْ يَصِحُّ هَذَا الضَّمَانُ؟ وَمِثْلُهُ: إِذَا كانَ لَهُ عَلَيْهِ حُقُوقٌ لَا يُعْلَمُ مَا مِقْدَارُهَا، فَجَاءَ وَكَفَلَهُ فِي هَذِهِ الْحُقُوقِ.

فَعِنْدَ الإِمَامِ الشَّافِعِيِّ: أَنَّ هَذِهِ الْكفَالَةَ لَا تَصِحُّ؛ لِمَا فِيهَا مِنَ الْغَرَرِ. وَعِنْدَ الْجُمْهُورِ يَقُولُونَ: تَصِحُّ الْكفَالَةُ بِمَالٍ مَجْهُولٍ. وَعِنْدَ أحمد يَقُولُ: «إِنْ كانَ سَيَؤُولُ إِلَى الْعِلْمِ صَحَّ الضَّمَانُ وَالْكفَالَةُ».

وَمِنْ بَابِ دَفْعِ الْغَرَرِ مَنَعَ فُقَهَاءُ الشَّافِعِيَّةِ وَآخَرُونَ مِنْ عَقْدِ الْوَكالَةِ الْعَامَّةِ(٣) -الْوَكالَةِ

---

(١) انظر: الفروق للقرافي ١/١٥١، بدائع الصنائع ٦/١١٩، المنهاج مع مغني المحتاج ٢/٣٩٩، كشاف القناع ٤/٢٩٨، بداية المجتهد ٢/٤٠٢، مجموع الفتاوى ٣١/٢٧٠، إعلام الموقعين ٢/٩.

(٢) مغني المحتاج للشربيني ٢/٢١٢.

(٣) الحاوي ٨/٣٥٨، الشرح الكبير للرافعي ١١/١١، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/١٦١، أبحاث هيئة كبار العلماء ٤/١١٥، وانظر: فتح القدير ٧/٥٠١، البحر الرائق ٧/١٤٠، الفتاوى الهندية ٣/٥٦٥، بداية المجتهد ٢/٢٧٢.

الْعَامَّةِ بِالتَّفْوِيضِ فِي جَمِيعِ الْأُمُورِ بِدُونِ تَخْصِيصٍ- كَمَا لَوْ قَالَ: وَكَلْتُك وَكَالَةً عَامَّةً تَتَصَرَّفُ عَنِّي بِأَيِّ تَصَرُّفٍ يَحِقُّ لِي أَنَّ أَتَصَرَّفَ بِهِ. فَهُنَاك طَوَائِفُ مَنَعُوا مِنْ هَذَا، وَقَالُوا: فِيهِ غَرَرٌ. وَآخَرُونَ أَجَازُوهُ قَالُوا: الْغَرَرُ فِيهَا مُحْتَمَلٌ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوَكِلْهُ فِي التَّصَرُّفَاتِ إِلَّا لِثِقَتِهِ فِيهِ. فَالْأَصَالَةُ فِي هَذَا مُتَعَلِّقَةٌ بِالثِّقَةِ(١).

النوع الثالث: عُقُودُ المُعَاوَضَاتِ:

مِثْلُ: الْبَيْعِ.. وَالْغَرَرُ فِي عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ قَدْ يَقَعُ على أنواع:

النوع الأول: الغرر فِي الصِّيغَةِ: وَمِنْ أَمْثِلَةِ ذَلِك: مَا لَوْ قَالَ لَهُ: أَبِيعُك السَّيَّارَةَ؛ إِمَّا بعشرين تَدْفَعُهَا بَعْدَ أُسْبُوعٍ، أَوْ بِثَلَاثِينَ تَدْفَعُهَا بَعْدَ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ. فَصِيغَةُ الْعَقْدِ هَذِهِ مَبْنِيَّةٌ عَلَى غَرَرٍ؛ وَمِنْ ثَمَّ لَا يَصِحُّ عقد البيع هذا. وَهَذِهِ الصُّورَةُ مِنَ الصُّوَرِ الَّتِي فُسِّرَ بِهَا حَدِيثُ: (نَهَى عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ)(٢).

وَالنَّوْعُ الثَّانِي: الْغَرَرُ الْوَاقِعُ فِي مَحَلِّ الْعَقْدِ: كَمَا لَوْ قَالَ لَهُ: أَبِيعُك بعشين جُنَيْهًا؛ فَإِنَّهُ لَا يُعْلَمُ هَلْ هُوَ الْجُنَيْهُ الْإِسْتِرْلِينِيُّ، أَوِ الْجُنَيْهُ الْمِصْرِيُّ. فَهَذَا جَهْلٌ فِي مَحَلِّ الْعَقْدِ.

أنواع الغرر في محل العقد:

وَالْفُقَهَاءُ يُقَسِّمُونَ الْغَرَرَ فِي مَحَلِّ الْعَقْدِ إِلَى أَقْسَامٍ:

مِنهُمْ مَنْ يَجْعَلُهَا خَمْسَةَ أَقْسَامٍ فَيَقُولُ:

الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: الْغَرَرُ فِي الْوُجُودِ؛ هَلِ الْعَيْنُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهَا مَوْجُودَةٌ أَوْ غَيْرُ مَوْجُودَةٍ؟

الْقِسْمُ الثَّانِي: الْغَرَرُ فِي الْحُصُولِ؛ هَلْ يَتَمَكنُ مِنْ تَحْصِيلِ الْعَيْنِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا أَوْ لَا؟ كَمَا فِي بَيْعِ الْجَمَلِ الشَّارِدِ.

---

(١) مغني المحتاج ٢/٢٢١.

(٢) أخرجه أحمد في «مسنده» (٢/٤٧٥، ٥٠٣)، وأبو داود في كتاب البيوع- باب فيمن باع بيعتين في بعية (٣٤٦١)، والترمذي في كتاب البيوع- باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة (١٢٣١)، والنسائي في كتاب البيوع- بيعتين في بيعة وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة بمائة درهم نقدًا، وبمائتي درهم نسيئة (٤٦٣٢)، من حديث أبي هريرة ﷺ.

الْقِسْمُ الثَّالِثُ: الْغَرَرُ فِي المِقْدَارِ؛ كما لَوْ قَالَ: أَبِيعُك مَا فِي بَيْتِي مِنْ أَنْوَاعِ الْأَثَاثِ. وَهُمَا لَا يَعْرِفَانِ كمِّيَّتَهُ.

الْقِسْمُ الرَّابِعُ: الْغَرَرُ فِي الأَجَلِ؛ كما لو قَالَ: تُسَدِّدُ لِيَ الثَّمَنَ بَعْدَ مُدَّةٍ.

الْقِسْمُ الْخَامِسُ: الْغَرَرُ فِي الثَّمَنِ.

وَهُنَاكَ مَنْ يَصُوغُهَا ويجعلها سَبْعَةَ أَنْوَاعٍ فَيَقُولُ:

النَّوْعُ الأَوَّلُ: الْغَرَرُ فِي مَحَلِّ الْعَقْدِ؛ كما لَوْ قَالَ: إِنْ كانَ عِنْدِي سَيَّارَاتٌ فَهِيَ لَك بِمِائَةٍ.

وَالنَّوْعُ الثَّانِي: الْغَرَرُ بِجِنْسِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، كما لَوْ قَالَ: أَبِيعُك مَا عَلَى أَرْضِي مِنَ الأَشْيَاءِ. وَهُمَا لَا يَعْلَمَانِ بِمَا يَقَعُ عَلَى الْأَرْضِ.

وَالنَّوْعُ الثَّالِثُ: الْغَرَرُ الْمُتَعَلِّقُ بِنَوْعِ مَحَلِّ الْعَقْدِ؛ كما لَوْ سَأَلَهُ فَقَالَ: هَلْ عِنْدَك سَيَّارَةٌ؟ قَالَ: نَعَمْ. قَالَ: سَأَشْتَرِيهَا مِنْك بِمِائَةٍ. وَهُوَ لَا يَعْرِفُ مَا نَوْعُهَا، وَلَا صِفَاتُهَا.

وَالنَّوْعُ الرَّابِعُ: الْغَرَرُ الْمُتَعَلِّقُ بِمِقْدَارِ الْمَحَلِّ، قَالَ: أَبِيعُك مَا لَدَيَّ مِنَ السَّيَّارَاتِ بِمَبْلَغِ كذَا. وَهُمَا لَا يَعْلَمَانِ كمْ عَدَدُ السَّيَّارَاتِ الَّتِي لَدَيْهِ.

وَالنَّوْعُ الْخَامِسُ: الْغَرَرُ الْمُتَعَلِّقُ بِالأَجَلِ.

وَالنَّوْعُ السَّادِسُ: الْغَرَرُ الْمُتَعَلِّقُ بِعَدَمِ الْقُدْرَةِ عَلَى تَسْلِيمِ الْعَيْنِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا(١).

وَالنَّوْعُ السَّابِعُ: الْغَرَرُ فِي بَيْعِ الْمَعْدُومِ، وَهَذَا مُتَعَلِّقٌ بِالنَّوْعِ الأَوَّلِ، وَهُوَ الْغَرَرُ الَّذِي يَكونُ فِي ذَاتِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ.

وَأَهْلُ الْقَانُونِ لَا يَتَوَسَّعُونَ فِي مِثْلِ هَذِهِ التَّفَاصِيلِ، بَلْ بَعْضُهُمْ يَحْصُرُ الْعُقُودَ الِاحْتِمَالِيَّةَ بِمَا يَكونُ الْغَرَرُ فِيهِ فِي مَحَلِّ الْعَقْدِ، أَوْ فِي مِقْدَارِهِ.

مَسْأَلَةٌ: هَلِ الْغَرَرُ يختص بِعُقُودِ المعاوضات أَوِ الْعُقُودِ الْمَالِيَّةِ؟

لَوْ قُدِّرَ مَثَلًا فِي بَابِ النِّكاحِ أَنَّهُ كانَ هُنَاكَ غَرَرٌ، فَمَا الْحُكمُ؟

---

(١) الغرر للصديق الضرير ص٧٦، وانظر: الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٤/ ٣٠٨٠.

هُنَا نَقُولُ: الْغَرَرُ إِمَّا أَنْ يَتَعَلَّقَ بِرُكنٍ مِنْ أَرْكانِ عَقْدِ النِّكاحِ؛ مِنْ مِثْلِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالزَّوْجَيْنِ. أَوْ يَكونُ بِأَثَرٍ مِنَ الآثَارِ؛ كالْمَهْرِ. فَأَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِلْغَرَرِ الْمُتَعَلِّقِ بِرُكنِ عَقْدِ النِّكاحِ: فَإِنَّهُ يُخَوِّلُ الطَّرَفَ الآخَرَ بِفَسْخِ النِّكاحِ، لَكنَّهُ لَا يُبْطِلُ عَقْدَ النِّكاحِ.

فلاحظ الفرق فِي بَابِ الْبُيُوعِ: الْغَرَرُ يُبْطِلُ الْعَقْدَ، أَمَّا فِي بَابِ النِّكاحِ: لَا يُبْطِلُهُ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ عُقُودَ الأَنْكحَةِ لَيْسَ الْمَقْصُودُ فِيهَا الْمُعَاوَضَةُ، وَإِنَّمَا هُنَاكَ مَقَاصِدُ أُخْرَى؛ ومَتَى غَلَبَ عَلَى ظَنِّ الْعَاقِدِ أَنَّهُ يُحَصِّلُهَا فِي هَذِهِ الْعُقُودِ، جَازَ لَهُ أَنْ يَبْقَى عَلَى ذَلِكَ الْعَقْدِ.

وَأَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِلْغَرَرِ فِي آثَارِ عَقْدِ النِّكاحِ؛ فَمِنْ أَمْثِلَتِهِ: الْغَرَرُ فِي الْمَهْرِ؛ كَمَا لَوْ كانَ الْمَهْرُ غَيْرَ مُسَمًّى، أَوْ كانَ الْمَهْرُ غَيْرَ مُحَدَّدِ الْمِقْدَارِ، قَالَ: زَوَّجْتُك بِرِيَالَاتٍ. فَهُنَا يَنْعَقِدُ النِّكاحُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ.

تَأْثِيرُ الْغَرَرِ عَلَى الشُّرُوطِ[1]:

هَكذَا أَيْضًا فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِتَأْثِيرِ الْغَرَرِ عَلَى الشروط فِي الْعُقُودِ: هَلْ نَقُولُ: بِأَنَّهُ يَمْنَعُ مِنْ صِحَّةِ الْعَقْدِ؟ أَوْ نَقُولُ: يُورِثُ خِيَارَ الْفَسْخِ؟

والراجح أن الْغَرَرَ فِي الشروط لَا يَمْنَعُ مِنِ انْعِقَادِ الْعُقُودِ؛ لِأَنَّ الشروط قَرَّرَهَا الْمُتَعَاقِدُ لِمَصْلَحَتِهِ، فَمَتَى تَنَازَلَ عَنْ ذَلِكَ الشرط، حَقَّ لَهُ التَّنَازُلُ؛ وَمِنْ ثَمَّ لَا نُبْطِلُ الْعَقْدَ بِسَبَبِ أَمْرٍ يُمْكنُ انْفِكاكُ الْعَقْدِ عَنْهُ، وَهُوَ الشروط.

سُبُلُ الْوِقَايَةِ مِنْ آثَارِ الْغَرَرِ:

جَاءَتِ الشريعة بِحِمَايَةِ الْمُكلَّفِينَ مِنْ آثَارِ الْغَرَرِ، وَبِوِقَايَتِهِمْ مِنَ الْوُقُوعِ فِيهِ؛ وَذَلِكَ مِنْ خِلَالِ عَدَدٍ مِنَ الأُمُورِ، مِنْهَا:

عَدَمُ تَصْحِيحِ عُقُودِ الْغَرَرِ؛ لِحَدِيثِ: (نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ)[2].

---

(١) تقدم الحديث عن أنواع الشروط وتأثير الجهالة فيها في نظرية العقد ص١٥٢-١٥٦.

(٢) سبق تخريجه ص١٩٩.

وَمِنْهَا: اشْتِرَاطُ العِلْمِ بِالْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَمَعْرِفَةِ الْعِوَضِ؛ وَلِذَا وَرَدَ فِي الْحَدِيثِ: (نَهَى عَنْ الثُّنْيا)(١) وَفِي رِوَايَةٍ: (نَهَى عَنِ الثُّنْيا إِلَّا أَنْ تُعْلَمَ)(٢).

وَهَكَذَا أَيْضًا: قَرَّرَ الشرع خِيَارَ الشرطِ، وَخِيَارَ الْمَجْلِسِ، وَبَقِيَّةَ أَنْوَاعِ الْخِيَارِ؛ دَفْعًا لِلضَّرَرِ الْمُتَوَقَّعِ مِنْ وُجُودِ غَرَرٍ فِي الْعَقْدِ.

وَهُنَاكَ وَسَائِلُ كَثِيرَةٌ اتَّخَذَتْهَا الشريعة لمنع وقوع الغرر.

الْفَرْقُ بَيْنَ الدِّرَاسَاتِ الْفِقْهِيَّةِ وَالدِّرَاسَاتِ الْقَانُونِيَّةِ فِي مَا يَتَعَلَّقُ الْغَرَرِ:

الْفَرْقُ الْأَوَّلُ: أَنَّ الْفُقَهَاءَ يُشْبِعُونَ هَذَا الْبَابَ بِالْبَحْثِ وَالدِّرَاسَةِ، وَعِنْدَهُمْ مِنَ التَّفْصِيلَاتِ الشَّيْءُ الْكَثِيرُ، وَدِرَاسَتُهُمْ كَمَا اشْتَمَلَتْ عَلَى الْجَوَانِبِ التَّأْصِيلِيَّةِ فَقَدِ اشْتَمَلَتْ أَيْضًا عَلَى تَطْبِيقَاتٍ فَرْعِيَّةٍ وَفِقْهِيَّةٍ كَثِيرَةٍ، بِخِلَافِ الْقَانُونِيِّينَ فَإِنَّ دِرَاسَتَهُمْ فِي هَذَا الْبَابِ مُقْتَضَبَةٌ وَقَلِيلَةٌ، بَلْ كَثِيرٌ مِنَ الْقَانُونِيِّينَ لَا يُسَلِّمُ بِأَنَّ الْغَرَرَ نَظَرِيَّةٌ مُسْتَقِلَّةٌ.

وَالْفَرْقُ الثَّانِي: أَنَّ الْفُقَهَاءَ يحسمون فِي مَسَائِلِ الْغَرَرِ، وَيُبْطِلُونَ الْعَقْدَ؛ لِوُجُودِ الْغَرَرِ الَّذِي يَكُونُ أَصْلًا فِي الْعَقْدِ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُمْ يَرَوْنَ أَنَّ الْحَقَّ فِي هَذَا لله عَزَّ وَجَلَّ.

بِخِلَافِ الْقَانُونِيِّينَ فَإِنَّهُم يَقُولُونَ: بِأَنَّ الْعُقُودَ لَيْسَ فِيهَا حَقٌّ لله، وَإِنَّمَا الْحَقُّ فِيهَا لِلْمُتَعَاقِدَيْنِ، فَمَهْمَا حَصَلَ تَرَاضٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ صَحَّحْنَا الْعَقْدَ؛ وَلِذَلِكَ فَهُمْ يجيزون أَكْثَرَ عُقُودِ الْغَرَرِ وَيُصَحِّحُونَهَا، وَيُلْزِمُونَ بِهَا، وَيَقَعُ عِنْدَهُمْ مِنَ التَّنَازُعِ وَالْخِلَافِ بِسَبَبِ ذَلِكَ الشَّيْءُ الْكَثِيرُ.

وَمِنْ هُنَا نَقُولُ: بِأَنَّ الشريعة تَمْنَعُ مِنَ الْغَرَرِ، وَلَوْ كَانَ فِيهِ اتِّفَاقٌ بَيْنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَرِضًا مِنْهُمَا، بِخِلَافِ أَهْلِ الْقَانُونِ فَإِنَّهُمْ يَسْمَحُونَ بِالْغَرَرِ الَّذِي يتراضى عَلَيْهِ الْمُتَعَاقِدَانِ؛ بِنَاءً

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب البيوع- باب النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة (١٥٣٦).

(٢) أخرجه النسائي في كتاب البيوع- باب النهي عن بيع الثنيا حتى تعلم (٤٦٣٣).

عَلَى مَا يُقَرِّرُونَهُ مِنْ حُرِّيَّةِ التَّعَاقُدِ، وَمِنْ هُنَا كانَتْ صُوَرُ الْغَرَرِ وَمجَالَاتُهُ أَكثَرَ بِكثِيرٍ عِنْدَ فُقَهَاءِ الشريعة؛ وَذَلِك لِأَنَّ الشريعة تعتمد الْعَمَلَ بِمَا يحقق مَصَالِحَ الْعِبَادِ، ويحقق الْعَدْلَ بَيْنَهُمْ، فَهُمْ يُقَدِّمُونَ هَذَا عَلَى مُجَرَّدِ مُرَاعَاةِ التَّرَاضِي بَيْنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ، وَمِنْ هُنَا نَجِدُ أَنَّ هُنَاك صُوَرًا كثِيرَةً يُجِيزُهَا أَهْلُ الْقَانُونِ وَيُلْزِمُونَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ بِهَا، مَعَ اشْتِمَالِ عُقُودِهِمْ عَلَى غَرَرٍ كثِيرٍ.

وَمِنْ أَمْثِلَةِ هَذَا مَثَلًا: عُقُودُ الْبَيْعِ الشَّبَكيِّ؛ تشتري مِنِّي سِلْعَةً، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِك كلُّ مُشْتَرٍ تُحْضِرُهُ لِي أُعْطِيك نِسْبَةً مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي يَدْفَعُهُ، والمشتري الْجَدِيدُ يحصل عَلَى مِثْلِ ذَلِك، وَيَكونُ لِلْأَوَّلِ نِسْبَةٌ عَنْ كلِّ مَنْ يَأْتِي بِهِمْ ذَلِك الشَّخْصُ الَّذِي عَرَّفَهُمْ بِهِ، وَهَكذَا. الشريعة تَمْنَعُ مِنْ مِثْلِ هَذِهِ الْعُقُودِ لِمَا فِيهَا مِنَ الْغَرَرِ، بِخِلَافِ أَهْلِ الْقَانُونِ.

وَلِذَلِك أَيْضًا مِنَ الصُّوَرِ الَّتِي كثُرَ تَدَاوُلُهَا: التَّأْمِينُ التِّجَارِيُّ؛ فَإِنَّ الْقَانُونِيِّينَ يَأْذَنُونَ بِهَا وَلَا يَمْنَعُونَهَا، وَذَلِك لِأَنَّ الْغَرَرَ الْمَوْجُودَ فِيهَا لَا يَتَعَارَضُ مَعَ مَا يُقَرِّرُونَهُ مِنْ حُرِّيَّةِ التَّعَاقُدِ، بِخِلَافِ النَّظْرَةِ الْفِقْهِيَّةِ، فَإِنَّهَا تَمْنَعُ مِنْ مِثْلِ هَذَا لِلْغَرَرِ الْعَظِيمِ الَّذِي يَحْتَوِي عَلَيْهِ هَذَا الْعَقْدُ؛ وَمِنْ هُنَا فَإِنَّ الْغَرَرَ لَيْسَ لَهُ نَظَرِيَّةٌ عِنْدَ الْقَانُونِيِّينَ، وَلَا يُمَثِّلُ مَحْظُورًا لَدَيْهِمْ، بِخِلَافِ النَّظْرَةِ الْفِقْهِيَّةِ فِي هَذَا الْبَابِ.

جُمْلَةُ «الْقَانُونُ لَا يَحْمِي الْمُغَفَّلِينَ»؟:

الشريعة جَاءَتْ أَصَالَةً لِحِمَايَةِ الْعَاجِزِينَ عَنْ تَحْصِيلِ حُقُوقِهِمْ، وَجَاءَتْ بِإِعْطَاءِ كلِّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، وَلِذَا كانَتِ الشريعة تَقِفُ مَعَ أُولَئِك الَّذِينَ تُؤْخَذُ حُقُوقُهُمْ، وَالْقَاضِي الشرعي لَا يَنْظُرُ إِلَى ظَوَاهِرِ الْأُمُورِ مُجَرَّدَةً، وَإِنَّمَا يَنْظُرُ إِلَى الْقَرَائِنِ كمَا تَقَرَّرَ فِي حَدِيثِنَا عَنِ الْإِثْبَاتِ، ثُمَّ إِنَّ الْقَانُونَ إِنَّمَا يُخَاطِبُ النَّاسَ بِحَسَبِ الْأُمُورِ الظَّاهِرَةِ، بِخِلَافِ الْخِطَابِ الشرعي؛ فَإِنَّهُ لَا يَكتَفِي بِالْخِطَابِ بِالْأَمْرِ الظَّاهِرِ، وَإِنَّمَا يُعَلِّقُ الْقُلُوبَ بِالله عَزَّ وَجَلَّ؛ وَلِذَلِك قَالَ النبي ﷺ للمتخاصمين: (**فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِحَقِّ أَخِيهِ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ**)، وَفِي رِوَايَةٍ

أُخْرَى: (فَإِنَّ أَحَدَكُمْ قَدْ يَكُونُ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِحَقِّ أَخِيهِ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ)(١).

ومن هنا لا تصح جملة: «الشرع لا يحمي المغفلين».

مَجالاتُ التَّأليفِ فِي نظريةِ الغَرَر:

بِالنِّسْبَةِ لِلْمُؤَلَّفَاتِ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِالْغَرَرِ فَهِيَ كثِيرَةٌ؛ وَهُنَاكَ دِرَاسَاتٌ لِعَدَدٍ مِنَ الْعُقُودِ الَّتِي فِيهَا الْغَرَرُ، وَهُنَاكَ دِرَاسَاتٌ تَخْتَصُّ بِالنَّظَرِ فِي الْغَرَرِ نَفْسِهِ، وَمِنْ أَمْثِلَةِ الدِّرَاسَاتِ الْفِقْهِيَّةِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْغَرَرِ:

«كتَابُ الْغَرَرِ وأثره فِي الْعُقُودِ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ» لِلدُّكْتُورِ صِدِّيق مُحَمَّدْ الْأَمِينْ الضَّرِيرْ.

وَلَهُ كتَابٌ آخَرُ عُنوانُهُ: «الْغَرَرُ فِي الْعُقُودِ وَآثَارُهُ فِي التَّطْبِيقَاتِ الْمُعَاصِرَةِ».

وَمِنَ الْمُؤَلَّفَاتِ فِي الغَرَرِ: كتَابُ «نَظَرِيَّةِ الْغَرَرِ فِي الشريعة الْإِسْلَامِيَّةِ» لِلدُّكْتُورِ يَاسِينْ أَحْمَدْ إِبْرَاهِيمْ دَرَادِكة.

وَمِنَ الْمُؤَلَّفَاتِ فِيهِ: «أَثَرِ الْجَهَالَةِ وَالضَّرُورَةِ فِي الْمُعَامَلَاتِ الْمَالِيَّةِ» لِلدُّكْتُورِ مُحَمَّدْ مَحْمُودْ سُلَيْمَانْ الْمُحَمَّدْ.

وَمِنَ الْمُؤَلَّفَاتِ فِيهِ: كتَابُ «قَاعِدَةِ الْغَرَرِ دِرَاسَةٍ تَأْصِيلِيَّةٍ» لِلدُّكْتُورِ عَبْدْ الله السَّكاكرْ.

وَمِنَ الدِّرَاسَاتِ فِي هَذَا البَابِ: «دِرَاسَةٌ مُقَارَنَةٌ فِي الْغَرَرِ» لِلدُّكْتُورِ مِصْبَاحْ الْمُتَوَلِّي السَّيِّدْ حَمَّادْ.

وَمِنْ أَمْثِلَتِهِ أَيْضًا: كتَابُ «الْغَرَرِ فِي مَحَلِّ الِالْتِزَامِ التَّعَاقُدِيِّ» لِعَبْدِ الله بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ جُبَيْرٍ.

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الشهادات- باب من أقام البينة بعد اليمين (٢٦٨٠)، ومسلم في كتاب الأقضية- باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة (١٧١٣)، من حديث أم سلمة رضي الله عنها.

كذَلِك مِن المُؤَلَّفَاتِ فِيْهِ: «نَظَرِيَّةِ الغَرَرِ فِي الْبُيُوعِ» لِلدُّكتُورِ رَمَضَانْ حَافِظْ عَبْدْ الرَّحْمَنْ السُّيُوطِيّ.

وَمِنْ أَمْثِلَتِهِ أَيْضًا: كتَابُ «بَيْعِ الْغَرَرِ وَأَحْكامِهِ فِي الشريعة» مِنْ تَأْلِيفِ: مُحَمَّد عَبْد الرَّحْمَن مَنْدُور.

وَأَيْضًا مِنَ المُؤَلَّفَاتِ فِيْهِ: «قَاعِدَةُ الْغَرَرِ فِي الشريعة وَعَلَاقَتِهَا بِعَقْدِ التَّأْمِينِ» تَأْلِيْفُ: عَلَاءِ الدِّين زَعْتَرِيُّ.

وَمِنْ أَمْثِلَةِ الْمُؤَلَّفَاتِ الَّتِي لَهَا صِلَةٌ بِالْقَاعِدَةِ: «التَّغْرِيرُ وَأَثَرُهُ فِي الْعُقُودِ» لِلدُّكتُورَةِ كفَاح عَبْدْ الْقَادِر الصُّورِيِّ.

و«أثر القرر على الفاء والآثار المترتبة على عدم تسليم المعقود»، لمحمد القطان.

و«الضوابط الفقهية في عقود الغرر»، لنايف جعفري.

* * * * *

الفصل التاسع
نَظَرِيَّةُ الدِّفَاعِ الشَّرْعِيِّ

من النظريات المهمة التي تمنع وقوع الاعتداء على الآخرين « نظرية الدفاع الشرعي » ، وعادة يبحثها الفقهاء بعنوان: « دفع الصائل » .

التَّعْرِيفُ بِنَظَرِيَّةِ الدِّفَاعِ الشَّرْعِيِّ:

وَقَدْ عَرَّفَ طَائِفَةٌ هَذِهِ النَّظَرِيَّةَ -الدِّفَاعَ الشرعي- بِأَنَّ المُرَادَ بِهَا: رَدُّ الِاعْتِدَاءِ حِفَاظًا عَلَى الضرُورِيَّاتِ الخَمْسِ ، وَمِنَ المَعْلُومِ أَنَّ مِنْ مَقَاصِدِ الشريعة: الحِفَاظُ عَلَى الضرُورِيَّاتِ الخَمْسِ وَهِيَ: الدِّينُ ، وَالنَّفْسُ ، وَالعَقْلُ ، وَالمَالُ ، وَالعِرْضُ .

وَبَعْضُ الفُقَهَاءِ يَقُولُ عَنِ الدِّفَاعِ الشرعي: بِأَنَّهُ وَاجِبُ الإِنْسَانِ فِي حِمَايَةِ نَفْسِهِ أَوْ غَيْرِهِ مِنْ كلِّ اعْتِدَاءٍ حَالٍّ غَيْرِ مشروع ، بِالقُوَّةِ اللَّازِمَةِ لِدَفْعِ الِاعْتِدَاءِ[1] .

وَكَمَا تَقَدَّمَ أَنَّ فُقَهَاءَ الشريعة يَقُولُونَ: « دَفْعُ الصَّائِلِ »[2]؛ وَالمُرَادُ بِالدَّفْعِ: الرَّدُّ بِقُوَّةٍ ، وَالمُرَادُ بِالصَّائِلِ: المُتَطَاوِلُ عَلَى غَيْرِهِ .

فَـ « الدِّفَاعُ الشرعي » هَذَا مُصْطَلَحٌ حُقُوقِيٌّ[3] ، يُقَابِلُهُ عِنْدَ عُلَمَاءِ الشريعة: « دَفْعُ الصَّائِلِ » ، وَإِنْ كانَ أَهْلُ الحُقُوقِ وَالقَانُونِ لَا يَتَّفِقُونَ عَلَى مُسَمًّى وَاحِدٍ ، بَلْ عِنْدَهُمْ أَسْمَاءٌ مُخْتَلِفَةٌ مُتَعَدِّدَةٌ لِهَذِهِ النَّظَرِيَّةِ؛ فَبَعْضُهُمْ يَقُولُ: « بُطْلَانُ العِصْمَةِ » ، وَآخَرُونَ يَقُولُونَ: « انْحِسَارُ الحِمَايَةِ الجِنَائِيَّةِ » ، وَآخَرُونَ يَقُولُونَ: « الحَقُّ الطَّبِيعِيُّ » ، وَآخَرُونَ يَقُولُونَ: « إِبْطَالُ البَغْيِ » ، وَهُنَاك مَنْ يَقُولُ: « البَوَاعِثُ القَانُونِيَّةُ » ، وَهُنَاك مَنْ يَقُولُ: « تَنَازُعُ

---

(١) التشريع الجنائي لعودة ١/٤٧٣ ، حق الدفاع للصديق ص٢٨ ، النظرية العامة للجريمة لحنين ص١١٨ .

(٢) المسؤولية الجنائية لبهنسي ص١٩٤ ، حد الحرابة لعلي آل عودة ص١١١ .

(٣) حق الدفاع الشرعي الخاص ص١١٣ ، الدفاع لعبد التواب ص٥٧ .

الحُقُوقِ » ، وَهُنَاك مَنْ يَقُولُ: «الإِكرَاهُ الأَدَبِيُّ » ، وَآخَرُونَ يَقُولُونَ: «مُقَاوَمَةُ الشَّرِّ » ، وَآخَرُونَ يَقُولُونَ: «التَّضْحِيَةُ » ، وَبَعْضُهُمْ يَقُولُ: «التَّحَلُّلُ مِنَ العَقْدِ الِاجْتِمَاعِيِّ »[١].

وَهَذَا يُشِيرُ لَك إِلَى أَنَّ القَانُونِيِّينَ لَيْسُوا بِمُتَّفِقِينَ ، بَلْ عِنْدَهُمْ مِنَ الِاخْتِلَافِ وَالتَّنَازُعِ مَا لَا يُوجَدُ عِنْدَ عُلَمَاءِ الشريعة رُبُعُهُ ، فَمِنْ صُوَرِ هَذَا الِاخْتِلَافِ:

١ - اخْتَلَفَ القانونيون اخْتِلَافًا بَيِّنًا فِي هذه النظرية فيختلفون في التَّعْرِيفِ ويختلفون فِي حَقِيقَةِ هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ ، وَيُمْكِنُ تَقْسِيمُ مَوَاقِفِهِمْ إِلَى أَقْسَامٍ مُتَعَدِّدَةٍ ، مِنْ أَبْرَزِهَا:

أَنَّ بَعْضَهُمْ يَقُولُ: الدِّفَاعُ الشرعي هُوَ: اسْتِعْمَالُ القُوَّةِ اللَّازِمَةِ لِصَدِّ خَطَرٍ حَالٍّ غَيْرِ مشروع يُهَدِّدُ بِالإِيذَاءِ[٢].

وَآخَرُونَ يَقُولُونَ: الدِّفَاعُ الشرعي: إِبَاحَةُ دَرْءِ الجَرِيمَةِ بِالجَرِيمَةِ.

وَآخَرُونَ يَقُولُونَ: هِيَ دَفْعُ القُوَّةِ بِالقُوَّةِ.

وَهُنَاك مَنْ يَقُولُ: دَفْعُ اعْتِدَاءٍ إِجْرَامِيٍّ عَلَى وَشَك الوُقُوعِ ، بِدَرْءِ خَطَرِهِ عَنْ نَفْسِ المُدَافِعِ أَوْ مَالِهِ[٣].

٢- وَهُمْ يَخْتَلِفُونَ أَيْضًا فِي الدِّفَاعِ الشرعي مَا هُوَ الحُكْمُ القَانُونِيُّ لَهُ ؟

فَمِنْهُمْ طَائِفَةٌ تَقُولُ: الدِّفَاعُ الشرعي حَقٌّ.

وَآخَرُونَ يَقُولُونَ: الدِّفَاعُ الشرعي تَرْخِيصٌ.

وَآخَرُونَ يَقُولُونَ: بِأَنَّ الدِّفَاعَ الشرعي تَدْبِيرٌ مِنَ التَّدَابِيرِ الِاحْتِرَازِيَّةِ.

---

(١) الدفاع الشرعي لعبد التواب ص١٢٨ .

(٢) الدفاع الشرعي للشواربي ص٢٥ ، شرح قانون العقوبات لمحمد نجيب حسني ص١٩٩ .

(٣) شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات المصري لمحمود إبراهيم إسماعيل ص٤٦٤ ، وانظر: تعريفات أخرى في الدفاع الشرعي ص٦٢ .

٣- كما يختلفون أَيْضًا فِي الأَسَاسِ القَانُونِيِّ لِهَذِهِ النَّظَرِيَّةِ، على أربعة مناهج:

المَنْهَجُ الأول: فَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ: هَذِهِ النَّظَرِيَّةُ مَبْنِيَّةٌ عَلَى أَسَاسِ العَدَالَةِ.

وَالمَنْهَجُ الثاني: بِأَنَّهَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى انْعِدَامِ حُرِّيَّةِ الِاخْتِيَارِ؛ لِأَنَّ المُدَافِعَ لَا يَجِدُ مَنَاصًا لِدَفْعِ الِاعْتِدَاءِ الوَاقِعِ عَلَيْهِ إِلَّا بِاسْتِعْمَالِ القُوَّةِ.

وَالمَنْهَجُ الثَّالِثُ: يَقُول: الدِّفَاعُ الشرعي مَبْنِيٌّ عَلَى أَسَاسِ المُقَارَنَةِ بَيْنَ قِيمَتَيْنِ مُتَعَارِضَتَيْنِ.

وَالمَنْهَجُ الرَّابِعُ: بِأَنَّ الأَسَاسَ القَانُونِيَّ لِهَذِهِ النَّظَرِيَّةِ هُوَ صِيَانَةُ الحُقُوقِ(١).

كما أن هناك من يجعل الدفاع الشرعي تفويضاً من الدولة للأفراد لمنع الاعتداء، وفي السابق كان بعضهم يرى أن الدفاع الشرعي من باب العقوبات.

٤- وَهُنَاكَ اخْتِلَافَاتٌ كَثِيرَةٌ بَيْنَهُمْ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِتَفَاصِيلِ هَذِهِ القَاعِدَةِ، وَجُزْئِيَّاتِهَا، وَأَحْكَامِهَا، وَشُرُوطِهَا.

بَيْنَمَا يَجِدُ الإِنْسَانُ أَنَّ فُقَهَاءَ الشريعة عِنْدَهُمْ مِنَ التَّوَافُقِ وَالتَّقَارُبِ الشَّيْءُ الكَثِيرُ، مَعَ أَنَّ فُقَهَاءَ الشريعة أَكْثَرُ مِنَ القَانُونِيِّينَ بِأَضْعَافٍ مُتَعَدِّدَةٍ، وَعُصُورُهُمْ وَقُرُونُهُمْ أَكْثَرُ مِنْهُمْ، فَلَهُمْ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةَ عشر قَرْنًا، بِخِلَافِ الدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ الحَدِيثَةِ الَّتِي لَمْ تُؤَصَّلْ إِلَّا فِي قَرْنَيْنِ مِنَ الزَّمَانِ، وَلَيْسَ هَذَا خَاصًّا بِهَذِهِ النَّظَرِيَّةِ فَقَطْ، بَلِ النَّظَرِيَّاتُ السَّابِقَةُ وَالنَّظَرِيَّاتُ الَّتِي لَمْ نَدْرُسْهَا، فِيهَا مِنَ الخِلَافِ وَالنِّزَاعِ الشَّيْءُ الكَثِيرُ.

الأَسَاسُ الشَّرْعِيُّ لِنَظَرِيَّةِ الدِّفَاعِ الشَّرْعِيِّ:

نَنْتَقِلُ إِلَى الأَسَاسِ الشرعي لِهَذِهِ النَّظَرِيَّةِ -نَظَرِيَّةِ «الدِّفَاعِ الشرعي»-، إذ وَرَدَتْ نُصُوصٌ كَثِيرَةٌ فِي الكِتَابِ وَالسُّنَّةِ تَدُلُّ عَلَى هَذَا الأَسَاسِ:

---

(١) حالة الدفاع المشروع لسمير عالية، بحث منشور ضمن الموسوعة الجزائية المتخصصة ٣٥١/٤.

أَوَّلُهَا: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾(١).

ثَانِيهَا: قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾(٢).

وَثَالِثُهَا: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾(٣).

وَرَابِعُهَا: قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ: ﴿وَلَمَنِ ٱنتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِۦ فَأُوْلَٰٓئِكَ مَا عَلَيْهِم مِّن سَبِيلٍ ﴿٤١﴾ إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي ٱلْأَرْضِ بِغَيْرِ ٱلْحَقِّ ۚ أُوْلَٰٓئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾(٤).

وجميع فُقَهَاءِ الشريعة يَرَوْنَ أَنَّ هَذِهِ الأُسُسَ المقررة في هذه الآيات أُسُسٌ صَحِيحَةٌ، وَأُسُسٌ مُتَرَابِطَةٌ يُقَوِّي بَعْضُهَا بَعْضًا، وَلَيْسَ بَيْنَهَا تَعَارُضٌ أَوَ تَنَاقُضٌ.

وَكَذَلِك يَأْخُذُونَهَا مِنْ نُصُوصٍ مِنَ السُّنَّةِ؛ كَمَا فِي حَدِيثِ: **(مَنْ قُتِلَ دُونَ مَالِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ)**(٥)، وَحَدِيثِ: **(لَوْ أَنَّ امْرَءًا اطَّلَعَ عَلَيْك بِغَيْرِ إِذْنٍ فَخَذَفْتَهُ بحصاة فَفَقَأْتَ عَيْنَهُ لَمْ يَكنْ عَلَيْك جُنَاحٌ)**(٦)، وَفِي الحَدِيثِ الآخَرِ: أَنَّ رَجُلًا عَضَّ آخَرَ، فَنَزَعَ يَدَهُ فَسَقَطَتْ

---

(١) سورة الشورى، الآية [٤٠].

(٢) سورة البقرة، الآية [١٩٤].

(٣) سورة النحل، الآية [١٢٦].

(٤) سورة الشورى، الآيتان [٤١، ٤٢].

(٥) أخرجه البخاري في كتاب المظالم والغصب- باب من قاتل دون ماله (٢٤٨٠)، ومسلم في كتاب الإيمان- باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم (١٤١)، من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.

(٦) أخرجه البخاري في كتاب الديات- باب من اطلع في بيت قوم ففقئوا عينه فلا دية (٦٩٠٢)، ومسلم في كتاب الآداب- باب تحريم النظر في بيت غيره (٢١٥٨).

ثَنِيَّتُهُ ، فَأَبْطَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ وَقَالَ : **(يَعَضُّ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ كَمَا يَعَضُّ الْفَحْلَ لَا دِيَةَ لَك)**[١] . يَعْنِي الذَّكَرَ مِنَ الإِبِلِ ، وَفِي الحَدِيثِ الآخَرِ **قَالَ:** جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَرَأَيْتَ إِنْ جَاءَ رَجُلٌ يُرِيدُ أَخْذَ مَالِي ؟ قَالَ : **(فَلَا تُعْطِهِ مَالَك)** . قَالَ : أَرَأَيْتَ إِنْ قَاتَلَنِي ؟ قَالَ : **(قَاتِلْهُ)** . قَالَ : أَرَأَيْتَ إِنْ قَتَلَنِي ؟ قَالَ : **(فَأَنْتَ شَهِيدٌ)** . قَالَ : أَرَأَيْتَ إِنْ قَتَلْتُهُ ؟ قَالَ : **(هُوَ فِي النَّارِ)**[٢] .

وفي حال الدفاع عن الغير يستدل بحديث: **(انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً)**[٣] ، وحديث: **(المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله)**[٤] .

اتِّصَالُ نَظَرِيَّةِ الدِّفَاعِ الشَّرْعِيِّ بِبَعْضِ القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ:

وَهُنَاكَ قَوَاعِدُ فِقْهِيَّةٌ لَهَا اتِّصَالٌ بِهَذِهِ النَّظَرِيَّةِ ، مِنْهَا[٥] :

قَاعِدَةُ: « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ » الوَارِدَةُ فِي الحَدِيثِ الَّذِي لَهُ أَسَانِيدُ مُتَعَدِّدَةٌ يُقَوِّي بَعْضُهَا بَعْضًا ، بِأَنَّ الشريعة قَدْ نَفَتِ الضَّرَرَ ؛ وَمِنْ طُرُقِ نَفْيِ الضَّرَرِ دَفْعُ الصَّائِلِ .

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الديات- باب إذا عض رجلاً فوقعت ثناياه (٦٨٩٢) ، ومسلم في كتاب القسامة والمحاربين- باب الصَّائِل على نفس الإنسان أو عضوه (١٦٧٣) .

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الإيمان- باب الدليل على أن من قصد أخذ مَال غيره بغير حق كان القاصد مهدر الدم (١٤٠) .

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الإكراه ، باب يمين الرجل لصاحبه أنه أخوه (٦٥٥٢) ، ومسلم في كتاب البر والصلة والآداب ، باب نصر الأخ ظالماً أو مظلوماً (٢٥٨٤) .

(٤) أخرجه البخاري ، كتاب المظالم ، باب لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه (٢٤٤٢) ، ومسلم في كتاب البر والصلة والآداب ، باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله (٢٥٦٤) .

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٧٢ ، الفقه الإسلامي للزحيلي ٥٩٨/٦ ، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٧٤/٦ ، فتاوى حسنين مخلوف ص٤٢٤ ، مجلة البحوث الإسلامية ٧٣/٤ .

وَمِنْ ذَلِك قَاعِدَةُ: «الضَّرَرُ يُزَالُ»، ومن طرق إزالة الضرر دفع الصائل.

وَهَكَذَا أَيْضًا قَاعِدَةُ: «الضَّرُورَاتُ تُبِيحُ المَحْظُورَاتِ»؛ فَإِنَّ نَظَرِيَّةَ الدِّفَاعِ الشَّرْعِيِّ مَجَالٌ مِنْ مَجَالاَتِ تَطْبِيقِ قَاعِدَةِ «الضَّرُورَاتُ تُبِيحُ المَحْظُورَاتِ»، وإن كانت الضرورة في قاعدة الدفاع الشرعي ناشئة من إنسان معتد، بينما في الغالب في الضروريات أن تنشأ من ظروف طبيعية، كما أن الدفاع الشرعي يترتب عليه دفاع قد يكون بقتل أو جرح ولا يوجد مثله في حالة الضرورة.

وَهَكَذَا أَيْضًا قاعدة الإِكرَاهِ؛ فَإِنَّ الإِكرَاهَ لَهُ اتِّصَالٌ بِهَذِهِ النَّظَرِيَّةِ، فكل من المكره والصائل إنسان معتد، والفرق بينهما في أن الدفاع الشرعي يكون بلا تهديد يجري لإجبار الإنسان على فعل ما لا يريد بخلاف الإكراه.

وَبَعْضُ أَهْلِ العِلْمِ يَقُولُ: بِأَنَّ مِنْ شُرُوطِ هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ مُرَاعَاةُ نَظَرِيَّةِ «التَّعَسُّفِ فِي اسْتِعْمَالِ الحَقِّ»، فَالدِّفَاعُ عَنِ النَّفْسِ أَوِ المَالِ وَرَدُّ المُعْتَدِينَ مشروع، لَكِنْ بشرط أَلَّا نَتَجَاوَزَ الحَدَّ، وَكَمَا سَيَأْتِي فِي شروط تَطْبِيقِ هَذَا المَبْدَأِ: أَنَّ الصَّائِلَ يُدْفَعُ بِالأَقَلِّ فَالأَقَلِّ.

وَقَدْ يَقُولُ قَائِلٌ: بِأَنَّهُ قَدْ وَرَدَ فِي قِصَّةِ ابْنَيْ آدَمَ أَنَّ الابْنَ المَقْتُولَ قَالَ: ﴿لَئِنۢ بَسَطتَ إِلَيَّ يَدَكَ لِتَقْتُلَنِى مَآ أَنَا۠ بِبَاسِطٍ يَدِىَ إِلَيْكَ لِأَقْتُلَكَ﴾(١). فَلِمَ يَسْتَعْمِلْ هَذَا المَبْدَأُ؟

فَنَقُولُ: هناك فَرْقٌ بَيْنَ تَقْرِيرِ مَبْدَأِ الحَقِّ وَبَيْنَ إِيجَابِهِ، ثُمَّ هَذَا مِنْ شَرَائِعِ الأُمَمِ السَّابِقَةِ، وَإِذَا وُجِدَ فِي شَرِيعَتِنَا حُكمٌ مُقَرَّرٌ فِي مَسْأَلَةٍ لَمْ نَحْتَجْ إِلَى شَرَائِعِ الأُمَمِ السَّابِقَةِ.

وَيَدُلُّك عَلَى هَذَا مَا وَرَدَ فِي آخِرِ هَذِهِ القِصَّةِ مِنْ قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ أَنَّهُۥ مَن قَتَلَ نَفْسًۢا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِى ٱلْأَرْضِ﴾(٢).

---

(١) سورة المائدة، الآية [٢٨].

(٢) سورة المائدة، الآية [٣٢].

وَمِنْ أَنْوَاعِ الفَسَادِ فِي الأَرْضِ: الصِّيَالُ وَالِاعْتِدَاءُ عَلَى الآخَرِينَ بِالرَّغْبَةِ فِي سَفْك دِمَائِهِمْ، أَوْ أَخْذِ أَمْوَالِهِمْ، أَوِ الِاعْتِدَاءِ عَلَى أَعْرَاضِهِمْ.

وبَعْض أَهْلِ العِلْمِ يَقُولُ: بِأَنَّ دَفْعَ الصَّائِلِ هَذَا حَقٌّ. وَبَعْضُهُمْ يَقُولُ: وَاجِبٌ[1]. وَتَرَتَّبَ عَلَى ذَلِك: هَلْ يجب عَلَى الإِنْسَانِ أَنْ يَدْفَعَ الصَّائِلَ؟ أَوْ أَنَّ ذَلِك لَيْسَ مِنَ الأُمُورِ الوَاجِبَةِ عَلَيْهِ؟ فَبَعْضُهُمْ قَالَ: لا يجب، أخذاً بأدلة الترغيب في العفو وكف اليد، وبعض الفقهاء قال: يجب؛ لِأَنَّهُ بِذَلِك يَدْرَأُ مُنْكرًا سَيَقَعُ إِمَّا بِسَفْك دَمٍ حَرَامٍ، أَوْ بِانْتِهَاك عِرْضٍ، أَوْ نَحْوِ ذَلِك، وفرق بعضهم بين حال الفتنة فلا يجب، وحال عدمها فيجب.

وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ: الدِّفَاعُ عَنِ النَّفْسِ وَالعِرْضِ وَاجِبٌ، بِخِلَافِ الدِّفَاعِ عَنِ المَالِ.

إِذًا الشريعة لَمْ تُعْطِ دفْعَ الصَّائِلِ حُكمًا وَاحِدًا، بَلْ فَرَّقَتْ بِحَسَبِ مَحَلِّ الِاعْتِدَاءِ، وَفَرَّقَتْ بِحَسَبِ نَوْعِ الِاعْتِدَاءِ، وَفَرَّقَتْ أَيْضًا بِحَسَبِ ظُرُوفِ وُقُوعِ العُدْوَانِ، وَلَا شَك أَنَّ الِاعْتِدَاءَ مِنَ المُحَرَّمَاتِ وَمِنْ كبَائِرِ الآثَامِ، قَالَ اللهُ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَعْتَدُوٓاْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْمُعْتَدِينَ﴾[2]. وَالنُّصُوصُ الوَارِدَةُ فِي تَحْرِيمِ الظُّلْمِ وَالتَّشْنِيعِ عَلَى أَصْحَابِهِ كثِيرَةٌ مُتَعَدِّدَةٌ.

مبنى نظرية الدفاع الشرعي:

هذه النَّظَرِيَّةِ مَبْنَاهَا عَلَى أَمْرَيْنِ:

الأَمْرُ الأَوَّلُ: الِاعْتِدَاءُ، وبَعْضُهُمْ يَقُولُ: تَوَقُّعُ الِاعْتِدَاءِ؛ فَإِنَّهُ إِذَا جَاءَك شَخْصٌ شَاهِرًا سَيْفَهُ وَقَدْ تَوَجَّهَ إِلَيْك بِسُرْعَةٍ كبِيرَةٍ، هُنَا يَغْلِبُ عَلَى ظَنِّك أَنَّهُ سَيَعْتَدِي عَلَيْك، وَتَتَوَقَّعُ مِنْهُ

---

(١) تبيين الحقائق ١١٠/٦، بدائع الصنائع ٩٣/٧، مواهب الجليل للحطاب ٣٢٣/٦، المنتقى على الموطأ ٦١/٦، المهذب ٢٢٥/٢، المغني ٣٢٩/٨، كشاف القناع ١٤٣/٤، تبصرة الحكام ٣٠٢/٢..

(٢) سورة البقرة، الآية [١٩٠].

ذَلِك ، فَحِينَئِذٍ يَأْتِي تَطْبِيقُ هَذِهِ القَاعِدَةِ ؛ فَمِنْ ثَمَّ يَكونُ هُنَاك رَاغِبٌ فِي الاِعْتِدَاءِ ، أَوْ شَارِعٌ فِي الِاعْتِدَاءِ ، وَهُوَ الذِي عَمِلَ الأَسْبَابَ مِنْ أَجْلِ أَنْ يَتَمكنَ مِنَ الاِعْتِدَاءِ عَلَى غَيْرِهِ .

الأَمْرُ الثَّانِي: دفع الاعتداء .

ومن هنا فإن هذه النظرية مركبة من ثلاثة أركان:

الركن الأول: المعتدي .

والركن الثاني: مَنْ يُرَادُ الاِعْتِدَاءُ عَلَيْهِ ، أَوِ المُعْتَدَى عَلَيْهِ .

وَالركن الثَّالِثُ: الآلَةُ الَّتِي يُرِيدُ أَنْ يُنَفِّذَ المُعْتَدِي الاِعْتِدَاءَ بِهَا .

إذن النظرية مركبة من قسمين:

القِسْمُ الأَوَّلُ: تَوَقُّعُ الِاعْتِدَاءِ .

وَالقِسْمُ الثَّانِي: الدِّفَاعُ

وبالتالي يَكونُ هُنَاك صَائِلٌ وَدَافِعٌ ، وَقَدْ يَكونُ هُنَاك آلَةٌ .

تقسيمات الاعتداء:

١- الِاعْتِدَاءُ يُمْكنُ تَقسِيمُهُ بِتَقْسِيمَاتٍ مُخْتَلِفَةٍ ؛ مِنْهَا مَا يَتَعَلَّقُ بِمَحَلِّ الِاعْتِدَاءِ : فَهُنَاك اعْتِدَاءٌ عَلَى النَّفْسِ ، وَهُنَاك اعْتِدَاءٌ عَلَى العِرْضِ ، وَهُنَاك اعْتِدَاءٌ عَلَى المَالِ ، وَيَجْمَعُهَا قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : **(إِنَّ دِمَاءَكمْ وَأَمْوَالَكمْ وَأَعْرَاضَكمْ عَلَيْكمْ حَرَامٌ)**(١) .

٢- كمَا يُمْكنُ تَقسِيمُ الِاعْتِدَاءِ إِلَى اعْتِدَاءٍ -أَوْ رَغْبَةِ اعْتِدَاءٍ- عَلَى المُدَافِعِ ، وَاعْتِدَاءٍ عَلَى غَيْرِ المُدَافِعِ : كمَا لَوْ وَجَدَ إِنْسَانٌ صَائِلًا يُرِيدُ الاِعْتِدَاءَ عَلَى امْرَأَةٍ مِنَ المُسْلِمِينَ لِيَنْتَهِك عِرْضَهَا ، فَيَأْتِي مُسْلِمٌ صَاحِبُ شَهَامَةٍ فَيَدْفَعُ عَنْهَا ذَلِك الِاعْتِدَاءَ .

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الحج- باب الخطبة أيام منى (١٧٤١)، ومسلم في كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات- باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال (١٦٧٩).

٣- كذَلِك يُمْكنُ تَقْسِيمُ الِاعْتِدَاءِ إِلَى اعْتِدَاءٍ بِالفِعْلِ -قَدْ يُسَمُّونَهُ الِاعْتِدَاءَ الإِيجَابِيَّ- ؛ مِثْلُ: الِاعْتِدَاءِ بِالسَّرِقَةِ، بِالقَتْلِ، هَذَا اعْتِدَاءٌ بِفِعْلٍ[١].

وَقَدْ يَكونُ هُنَاكَ اعْتِدَاءٌ سَلْبِيٌّ بِأَنْ يَفْعَلَ فِعْلًا لَا يُمكنُ غَيْرَهُ مِنْ تَلْبِيَةِ ضَرُورَتِهِ، وَقَدْ يُمَثَّلُ لَهُ بِمَنْعِ المُضْطَرِّ مِنَ الطَّعَامِ، كما لو كان المضطر عند طعام لزيد فتلف المضطر مع وجود زيد عِنْدَ مَالِهِ عِنْدَ تَلَفِهِ وَكانَ قَادِرًا عَلَى إِبْعَادِ التَّلَفِ عَنْهُ، وَمَعَ ذَلِك لَمْ يَفْعَلْ، ومثله ما لو رآه يغرق وهو قادر على إنقاذه، فَهَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ ؟ على قولين:

القول الأول: لا ضمان على زيد؛ لأنه لم تحدث الوفاة من فعله.

القول الثاني: أَنَّهُ يجب عَلَيْهِ الضَّمَانُ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: **(المُسْلِمُ أَخُو المُسْلِمِ، لَا يَظْلِمُهُ وَلَا يُسْلِمُهُ)**[٢]. لَا يُسْلِمُهُ يَعْنِي: لَا يَتْرُكهُ مِنْ نُصْرَتِهِ وَتَأْيِيدِهِ[٣].

٤- هَكذَا أَيْضًا يُمْكنُ تَقْسِيمُ الِاعْتِدَاءِ إِلَى نوعين:

النوع الأول: الاعْتِدَاءِ الحَقِيقِيُّ: بِأَنْ يَكونَ قَدْ وَقَعَ وَشَرَعَ فِي الِاعْتِدَاءِ، وَوَصَلَ الأَذَى إِلَى المُعْتَدَى عَلَيْهِ.

وَالنَّوْعُ الثَّانِي: الِاعْتِدَاءُ التَّصَوُّرِيُّ: بِأَنْ يَتَصَوَّرَ وُجُودَ اعْتِدَاءٍ، وَلَوْ لَمْ يَكنْ هُنَاك اعْتِدَاءٌ حَقِيقَةً. وَمِنْ أَمْثِلَةِ ذَلِك: مَا لَوْ شَاهَدَ فِي اللَّيْلِ مَنْ يَتَحَرَّك حَرَكاتٍ مُرِيبَةً حَوْلَ بَيْتِهِ، فَخَشِيَ مِنْهُ، فَأَخَذَ خَشَبَةً فَضَرَبَهُ، فَإِذَا هُوَ أَخُوهُ يُرِيدُ إِصْلَاحَ بَعْضِ الأَشْجَارِ فِي حَوْشِ البَيْتِ، فهُنَا تَصَوُّرُ اعْتِدَاءٍ وَإِنْ لَمْ يَكنْ هُنَاك اعْتِدَاءٌ.

---

(١) أحكام دفع الصائل لسامي أبو عرجة ص١٧٤، مجلة جامعة الشارقة، ونظرية الجريمة السلبية لداود رداد.

(٢) أخرجه مسلم في كتاب البر والصلة والآداب- باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه ومَاله (٢٥٦٤).

(٣) شرح المجموع المنتخب للمنجور المالكي ص٢٢٠.

٥- هَكذَا أَيْضًا يُمْكِنُ تَقْسِيمُ الِاعْتِدَاءِ إِلَى اعْتِدَاءٍ بِالعَمْدِ، وَاعْتِدَاءٍ بِالخَطَأِ، وَعِنْدَ الجُمْهُورِ قِسْمٌ ثَالِثٌ، وَهُوَ شِبْهُ العَمْدِ(١).

وَالمُرَادُ بِالعَمْدِ: مَا تَوَفَّرَ فِيهِ أَمْرَانِ: الأَمْرُ الأَوَّلُ: صَلَاحِيَةُ الآلَةِ، وَالثَّانِي: قَصْدُ الجِنَايَةِ.

لَا يُشْتَرَطُ فِي العمد أَنْ يَقْصِدَ القتْلَ، وَإِنَّمَا يَقْصِدَ الجِنَايَةَ؛ كَمَا لَوْ ضَرَبَهُ بِالمُسَدَّسِ فَقَتَلَهُ وَكَانَ يَرْغَبُ أَنْ تكونَ فِي قَدَمِهِ، لَكِنَّهَا صَادَفَتْ أَنَّ المَضْرُوبَ نَزَلَ لِيَجْلِسَ عَلَى الأَرْضِ فَوَقَعَتْ فِي رَأْسِهِ، هُنَا لَمْ يَقْصِدِ الجَانِي القَتْلَ، وَإِنَّمَا قَصَدَ الضَّرْبَ، لَكنَّ الضَّرْبَ جِنَايَةٌ، فَيَكونَ مِنْ قَبِيلِ العَمْدِ؛ لِأَنَّ العَمْدَ يُشْتَرَطُ فِيهِ قَصْدُ الجِنَايَةِ، وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ قَصْدُ القَتْلِ.

أَمَّا شِبْهُ العَمْدِ فَهُوَ الَّذِي فِيهِ قَصْدُ جِنَايَةٍ، لَكنَّ الآلَةَ لَا تَقْتُلُ غَالِبًا، فَالجُمْهُورُ يُثْبِتُونَ شِبْهَ العَمْدِ كَمَا وَرَدَ فِي الحَدِيثِ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ فِي قَتِيلِ شِبْهِ العَمْدِ: **(قَتِيلُ الخَطَأِ شِبْهِ العَمْدِ بِالسَّوْطِ أَوِ العَصَا)**(٢). يَعْنِي: العَصَا التي لَا تَقْتُلُ غَالِبًا.

وَالنَّوْعُ الثَّالِثُ: الخَطَأُ: وَالمُرَادُ بِهِ: أَنْ يَفْعَلَ الإِنْسَانُ فِعْلًا مُبَاحًا، فَيَنْتُجُ عَنْهُ اعْتِدَاءٌ عَلَى الآخَرِينَ، هَذَا يُوجِبُ الضَّمَانَ، وَلَا يشرع مَعَهُ قِصَاصٌ.

٦- كذَلِك يُمْكِنُ تَقْسِيمُ الِاعْتِدَاءِ إِلَى اعْتِدَاءٍ وَاقِعٍ، وَاعْتِدَاءٍ مُتَوَقَّعٍ، أَوْ بَعْضُهُمْ يَقُولُ: عَلَى وَشَك الوُقُوعِ.

٧- كمَا أَنَّهُ يُقَسَّمُ الِاعْتِدَاءُ إِلَى اعْتِدَاءٍ مَظْنُونٍ وَاعْتِدَاءٍ مُتَوَهَّمٍ أَوْ مَشْكوك فِيهِ.

٨- هَكذَا أَيْضًا يُقَسَّمُ الِاعْتِدَاءُ إِلَى اعْتِدَاءٍ مُبْتَدَأٍ، وَاعْتِدَاءٍ انْتِقَامِيٍّ.

---

(١) بداية المجتهد ١/٧١٨، الاستذكار ٨/٤٤.

(٢) أخرجه أحمد في «مسنده» (٢/١٨٣)، وأبو داود في كتاب الديات- باب ديات الأعضاء (٤٥٦٥).

أقسام أسباب الدفاع الشرعي:

كذَلِك بَعْضُهُمْ يُقَسِّمُ أَسْبَابَ الدِّفَاعِ الشرعي إِلَى قِسْمَيْنِ:

الأول: اعْتِدَاءٌ.

والثاني: تَهْدِيدٌ بِالِاعْتِدَاءِ.

أَمَّا الِاعْتِدَاءُ لَهُ آثَارُهُ أَيًّا كانَ نَوْعُ الِاعْتِدَاءِ؛ مَثَلًا: الِاعْتِدَاءُ بِالقَتْلِ يَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ أَرْبَعَةُ أُمُورٍ:

الأَمْرُ الأَوَّلُ: الإِثْمُ.

وَالأَمْرُ الثَّانِي: القِصَاصُ إِنْ كانَ عَمْدًا عُدْوَانًا.

وَالأَمْرُ الثَّالِثُ: الدِّيَةُ.

وَالأَمْرُ الرَّابِعُ: الكفَّارَةُ إِذَا كانَ خَطَأً.

وَهُنَاكَ أَمْرٌ خَامِسٌ فِي بَعْضِ الحَالَاتِ: أَلَا وَهِيَ القِيمَةُ، كما لَوْ قَتَلَ مَمْلُوكا.

وَهَذِهِ الأُمُورُ الخَمْسَةُ مِنَ الآثَارِ قد تُوجَدُ أَوْ يُوجَدُ بَعْضُهَا فِي بَقِيَّةِ أَنْوَاعِ العُدْوَانِ.

أما دفع العدوان فمتى كان مشروعاً فإنه لا يترتب عليه شيء من هذه الآثار؛ وذلك لورود الدليل الشرعي بإباحته.

شُرُوطِ اسْتِعْمَالِ الدِّفَاعِ الشرعي[1]:

هُنَاكَ العَدِيدُ مِنَ الشروط الَّتِي تُخَوِّلُ لِلْإِنْسَانِ اسْتِعْمَالَ قَاعِدَةِ الدِّفَاعِ الشرعي؛ بِحَيْثُ إِذَا انْتَفَتْ هَذِهِ الشروط -أَوِ انْتَفَى أَحَدُهَا- فَإِنَّنَا لَا نَجْعَلُ ذَلِك التَّصَرُّفَ مباحاً مِنْ حُقُوقِ المُكلَّفِ، ولا يكون دفاعاً شرعياً.

---

(١) انظر: إعلام الموقعين ٤١٧/٣-٤٢٤، الذخيرة ٢٦٢/١٢، جواهر الإكليل ٢٩٧/٢، جامع الأمهات لابن الحاجب ٣٧٩/١، إعانة الطالبين ١٧١/٤، الحاوي للماوردي ٩٥٤/١٣، مغني المحتاج ١٩٦/٤، الوجيز ١٨٥/٢، الدر المختار ٣٥١/٥.

وَبِالتَّالِي نَعْتَبِرُ مَا ظُنَّ أَنَّهُ مِنَ الدِّفَاعِ نَعْتَبِرُهُ عُدْوَانًا وَجِنَايَةً(١).

الشرط الأَوَّلُ: أَنْ يَكونَ الدِّفَاعُ الشرعي عَلَى جِهَةِ المُقَابَلَةِ، أَوْ لِصَدِّ العُدْوَانِ، أَمَّا إِذَا كانَ ابْتِدَاءً فَإِنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِي قَاعِدَتِنَا.

الشرط الثَّانِي: أن يكون في مقابلة أمر ممنوع منه شرعاً فلا يصح أن يَكونَ مُنْطَلَقُ الإِنْسَانِ فِي الدِّفَاعِ الشرعي الإِجَابَةَ عَنْ تَهْدِيدٍ بمشروع، إذ التَّهْدِيدُ بِالأَمْرِ المشروع لَا يخول لِلإِنْسَانِ أَنْ يُدَافِعَ مَنْ يَسْتَعْمِلُ الأَمْرَ المشروع، كما لَوْ قَالَ الزَّوْجُ لِزَوْجَتِهِ: سَأُطَلِّقُك. فَضَرَبَتْهُ، فَهَلْ مِنْ حَقِّهَا ذَلِك ؟ نَقُولُ: لَا. قَالَتْ: هَذَا دِفَاعٌ بِأَمْرٍ مشروع. قِيلَ: لَيْسَ هَذَا مِنَ الدِّفَاعِ المشروع؛ لِأَنَّ سَبَبَهُ تَهْدِيدٌ بِأَمْرٍ مشروع جَائِزٍ لَهُ.

وَهَكَذَا لَوْ تَوَعَّدَهُ بِإِيقَافِ إِعْطَائِهِ الزَّكاةَ؛ قَالَ الغَنِيُّ لِلْفَقِيرِ: لَنْ أُعْطِيَك زَكاتِي بَعْدَ اليَوْمِ؛ لِأَنَّك مُؤْذٍ. فَضَرَبَهُ، قَالَ: هَذَا مِنَ الدِّفَاعِ المشروع. نَقُولُ: لَا، هَذَا لَيْسَ مِنَ الدِّفَاعِ المشروع.

الشرط الثَّالِثُ: أَلَّا يَكونَ هُنَاك طَرِيقٌ لِرَدِّ العُدْوَانِ إِلَّا بِالدِّفَاعِ الشرعي، أَمَّا إِذَا كانَ هُنَاك طَرِيقٌ آخر فَلَا يَحِقُّ لَهُ حِينَئِذٍ أَنْ يَسْتَعْمِلَ الدِّفَاعَ الشرعي. مِثَالُ ذَلِك: لَوْ هَدَّدَهُ بِالقَتْلِ، لَا يَحِقُّ لَهُ أَنْ يَأْتِيَ فَيَقْتُلَ المُهَدِّدَ؛ لِأَنَّهُ يَتَمَكنُ مِنْ إِيقَافِ عُدْوَانِهِ وَصَدِّهِ بوسائل أخرى؛ لِأَنَّهُ يُمْكنُ أَنْ يُوقِفَ عُدْوَانَهُ وَتَهْدِيدَهُ بِوَاسِطَةِ الشرط -رِجَالِ الأَمْنِ-.

الشرط الرَّابِعُ: أَنْ يَكونَ هُنَاك اسْتِمْرَارٌ فِي الِاعْتِدَاءِ، فَلَوْ ضَرَبَهُ ضَرْبَةً وَأَرَادَ أَنْ يَضْرِبَهُ ثَانِيَةً، لَكنَّهُ تَوَقَّفَ لِتَحَرُّك الخَوْفِ مِنَ اللهِ فِي قَلْبِهِ، فَحِينَئِذٍ صَدَّ وَلَمْ يُوَاصِلْ ضَرْبَ المَجْنِيِّ

---

(١) انظر: الوسيط في قانون العقوبات لأحمد سرور ص٢٠٧، حالة الدفاع لعالية ٣٥٢/٤، النظرية العامة للقانون الجنائي ص٣٥٦، الدفاع المشروع لفؤاد ظاهر ٣٣٠/٤، الفقه الإسلامي للزحيلي ٥٩٩/٦، وانظر: بدائع الصنائع ٢٧٣/٧، بداية المجتهد ٣١٩/٢، المهذب ٢٢٥/٢، كشاف القناع ١٤٣/٤.

عَلَيْهِ ، وَبِالتَّالِي لَا يحق لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ أَنْ يُعَاقِبَ الجَانِيَ ؛ لِمَاذَا ؟ لِأَنَّ الجِنَايَةَ وَالعُدْوَانَ لَمْ تَعُدْ مُسْتَمِرَّةً .

الشرط الخَامِسُ: أَلَّا يَكونَ الدِّفَاعُ الشرعي ضِدَّ أَصْحَابِ الوِلَايَةِ ؛ فَقَدْ وَرَدَ فِي الحَدِيثِ : **(تَسْمَعُ وَتُطِيعُ لِلأَمِيرِ وَإِنْ ضَرَبَ ظَهْرَك وَأَخَذَ مَالَك فَاسْمَعْ وَأَطِعْ)**(١) .

الشرط السَّادِسُ: أَلَّا يَتَجَاوَزَ الحَدَّ الَّذِي يُوقِفُ العُدْوَانَ ، فَإِذَا دَفَعَ الإِنْسَانُ الصَّائِلَ دِفَاعًا شَرْعِيًّا ، فَإِنَّمَا يَدْفَعُهُ إِلَى الحَدِّ الَّذِي يُوقِفُ العُدْوَانَ ، وَلَا يَتَجَاوَزُ ذَلِك .

الشرط السَّابِعُ: أَنْ يَكونَ هُنَاك غَلَبَةُ ظَنٍّ بِصِيَالِ المُعْتَدِي ، فمثلاً لَوْ كانَ فِي يَدِهِ سِلَاحٌ وَلَكنَّهُ جَالِسٌ ، لَا يَحِقُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْتِيَ فَيَقُومُ بِضَرْبِهِ أَوْ بِقَتْلِهِ ، بِدَعْوَى الدِّفَاعِ الشرعي ؛ لِأَنَّهُ لَا يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّهُ مِمَّنْ يَصُولُ أَوْ مِمَّنْ يَرْغَبُ فِي الِاعْتِدَاءِ وَالعُدْوَانِ .

الشرط الثَّامِنُ: أَنْ يَكونَ الِاعْتِدَاءُ حَالًّا أَوْ عَلَى وَشَك الحُلُولِ ، أَمَّا إِذَا كانَ الِاعْتِدَاءُ مَاضِيًا -فِي الزَّمَنِ المَاضِي- ، فَلَا نَأْتِي بِقَضِيَّةِ الدِّفَاعِ الشرعي ، وَإِنَّمَا يَكونُ هَذَا مِنْ قَبِيلِ الِانْتِقَامِ ، وَبِالتَّالِي لَا نُطَبِّقُ عَلَيْهِ هَذِهِ القَاعِدَةَ -قَاعِدَةَ الدِّفَاعِ الشرعي- ، وَإِنَّمَا نَجْعَلُهُ مِنْ قَبِيلِ الاعتداء .

الشرط التَّاسِعُ: أَنْ يَكونَ الدَّفْعُ بِالأَقَلِّ فَالأَقَلِّ ؛ فَلَوْ قُدِّرَ أَنَّهُ يَتَمَكنُ مِنْ صَدِّ عُدْوَانِهِ بِالكلَامِ ، لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَجَاوَزَ إِلَى اسْتِعْمَالِ العَصَا ، وَلَوْ قُدِّرَ أَنَّهُ يَتَمَكنُ مِنْ صَدِّ عُدْوَانِهِ بِالعَصَا ، فَلَا يُمَكنُ مِنَ اسْتِعْمَالِ السِّلَاحِ ، وَلَوْ قُدِّرَ أَنَّهُ يَتَمَكنُ مِنْ صَدِّ عُدْوَانِهِ بِالجُرْحِ ، لَمْ يحق لَهُ أَنْ يَتَجَاوَزَ إِلَى قَطْعِ العُضْوِ ، وَلَوْ قُدِّرَ أَنْ يَتَمَكنَ مِنْ صَدِّ عُدْوَانِهِ بِقَطْعِ العُضْوِ ، لَمْ يَكنْ لَهُ أَنْ يَتَجَاوَزَ إِلَى إِهْلَاك النَّفْسِ . فَيُدْفَعُ الصَّائِلُ بِالأَقَلِّ فَالأَقَلِّ ، وَإِذَا تَجَاوَزَ الدَّافِعُ مِقْدَارَ الأَقَلِّ ، فَحِينَئِذٍ يَكونُ مُعْتَدِيًا ظَالِمًا ، وَنُوجِبُ عَلَيْهِ آثَارَ فِعْلِ المُعْتَدِي .

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب الإمارة- باب وجوب ملازمة جماعة المسلمين عند ظهور الفتن (١٨٤٧) .

الشرط العاشر: أن يكون الاعتداء يتوقف بالدفاع ، فإن كان الاعتداء قد انتهى فإنه لا يشرع حينئذ دفعه من طريق المكلف ، وإنما يطالب بالجزاء والتعويض من طريق القضاء .

الشرط الحادي عشر: أن يكون للاعتداء تأثير على مال أو بدن أو حرمة ، وبالتالي لا مدخل لنظرية الدفاع في مسائل السب .

أَهْلُ القَانُونِ يُقَسِّمُونَ هَذِهِ الجزئية إِلَى نوعين:

أحدهما: تَجَاوُز بِسُوءِ النية ، ويجعلونه مِثْلَ الِاعْتِدَاءِ المُبْتَدَأِ .

وَالنَّوْعُ الثَّانِي: التَّجَاوُزُ بِحُسْنِ النية ، ويجعلونه وَسَطًا بَيْنَ الإِدَانَةِ وَالبَرَاءَةِ ، ويطبقون عليه أخف العقوبات[١] .

وَلِحُسْنُ النية وَسُوءُ النية هَذَا مِنَ الأُمُورِ البَاطِنَةِ ، وَالقَضَاءُ لَا يَكونُ عَلَى الأَمْرِ البَاطِنِ ، إِنَّمَا يَكونُ عَلَى الأُمُورِ الظَّاهِرَةِ .

ويبنى على ما سبق أن الضمان قد يثبت على دافع الصائل إذا لم توجد الشروط السابقة ، كما يجب عليه الضمان إذا أتلف مالاً لغير الصائل[٢] ، والجمهور على أن دفع الصائل المجنون والصغير لا ضمان فيه خلافاً للحنفية .

أقسام الدفاع الشرعي:

بَعْضُ أَهْلِ العِلْمِ يُقَسِّمُ الدِّفَاعَ الشَّرْعِيَّ إِلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ[٣]:

القِسْمُ الأَوَّلُ: الدِّفَاعُ الشَّخْصِيُّ أَوِ الدِّفَاعُ الخَاصُّ: وَمِنْ أَمْثِلَتِهِ: دَفْعُ الصَّائِلِ .

وَالقِسْمُ الثَّانِي: الدَّفْعُ العَامُّ: وَذَلِك بِدَفْعِ أَنْوَاعِ الشُّرُورِ عَنِ المُجْتَمَعِ المُسْلِمِ . وَمِنْ أَمْثِلَتِهِ: الأَمْرُ بِالمَعْرُوفِ ، فَهَذَا دِفَاعٌ شَرْعِيٌّ عَامٌّ ؛ لِأَنَّهُ يَدْرَأُ اللهُ بِهِ مَفَاسِدَ المُنْكَرَاتِ ، وَمِنْهُ

---

(١) الدفاع الشرعي لمحمد سيد عبدالتواب ص٣٣٣ .

(٢) الدفاع الشرعي لمحمد سيد عبدالتواب ص٣١٩ .

(٣) الدفاع الشرعي لمحمد سيد عبدالتواب ص٦٢ ، الدفاع الشرعي الخاص لزياد ساخن ص٣٣ ، الدفاع الشرعي للعجلان ص١٣٦ (مجلة العدل ٤٦) ، التشريع الجنائي في الإسلامي ٢/ ٢٧ .

أَعْمَالُ رِجَالِ الأَمْنِ، فَإِنَّهُمْ يُؤَدُّونَ دَوْرًا فِي الدِّفَاعِ الشرعي العَامِّ؛ لِأَنَّ اللهَ يَحْفَظُ بِهِمُ الأَمْنَ، وَيَدْرَأُ بِهِمُ المَخَاوِفَ عَنْ قُلُوبِ النَّاسِ، ويمنع الله بهم الظلم.

وَمِثْلُ هَذَا أَيْضًا: الدُّعَاةُ، فَإِنَّهُمْ ضِمْنًا يَدْفَعُ اللهُ عَزَّ وَجَلَّ بِهِمْ عَنِ الأُمَّةِ الشر العَظِيمَ؛ لِأَنَّهُمْ يُعِيدُونَ النَّاسَ إِلَى اللهِ، وَيَجْعَلُونَهُمْ يَخَافُونَ مِنْهُ سُبْحَانَهُ، فَلَا يَعْتَدِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضِهِمُ الآخَرِ، وَيَأْمُرُونَ النَّاسَ بِالقِيَامِ بِحُقُوقِ بَعْضِهِمْ تِجَاهَ بَعْضِهِمُ الآخَرِ، وَأَدَاءِ الوَاجِباتِ.

القسم الثَّالِث: الدَّفْعَ الدَّوْلِيَّ: وَيُمَثِّلُونَ لَهُ بِعَقْدِ الصُّلْحِ وَالهُدْنَةِ بَيْنَ أَهْلِ الوِلَايَةِ فِي بِلَادِ الإِسْلَامِ وَمَنْ سِوَاهُمْ مِنْ أَهْلِ البُلْدَانِ الأُخْرَى، وَمِمَّا يَدْخُلُ فِيهِ أَيْضًا: مشروعية الجِهَادِ، فإن هَذَا دَفْعٌ دَوْلِيٌّ[1].

وبَعْضُ أَهْلِ العِلْمِ يُقَسِّمُ الدِّفَاعَ الشرعي بِاعْتِبَارِ مَحَلِّهِ إِلَى أَقْسَامٍ:

فَيَقُولُ: هُنَاك دِفَاعٌ عَنِ النَّفْسِ، وَهُنَاك دِفَاعٌ عَنْ أَجْزَاءِ البَدَنِ، وَهُنَاك دِفَاعٌ عَنِ المَالِ، وَهُنَاك دِفَاعٌ عَنِ الأَعْرَاضِ، وَهُنَاك دِفَاعٌ عَنْ حُرْمَةِ المَسَاكِنِ، وَهُنَاك دِفَاعٌ عَنِ التَّابِعِينَ؛ كَمَا لَوْ كانَ عِنْدَهُ أَبْنَاءٌ أَوْ زَوْجَةٌ أَوْ خَدَمٌ، وَأَرَادَ أَحَدٌ أَنْ يَصُولَ عَلَيْهِمْ، وَهُنَاك دِفَاعٌ عَنِ الآخَرِينَ.

تَرَدُّدُ القَانُونِيِّينَ فِي اسْتِقْلَالِيَّةِ نَظَرِيَّةِ الدِّفَاعِ الشَّرْعِيِّ:

اختلفت وجهات نَظَرِ القَانُونِيِّينَ حول هذا الموضوع: هَلْ هَذَا المَوْضُوعُ -وَهُوَ الدِّفَاعُ الشرعي- صَالِحٌ لِأَنْ يَكونَ نَظَرِيَّةً حُقُوقِيَّةً أَوْ لَا؟ وَهُمْ عَلَى ثَلَاثَةِ مَنَاهِجَ:

المَنْهَجُ الأَوَّلُ: يَقُولُ بِأَنَّ هَذَا المَوْضُوعَ أَقَلُّ مِنْ أَنْ يَكونَ نَظَرِيَّةً؛ لأنه لا يؤلف نظاماً حقوقياً متكاملاً؛ بَلْ هُوَ جُزْءٌ مِنْ نَظَرِيَّةِ المُؤَيِّدَاتِ التَّأْدِيبِيَّةِ، إذ إن الدفاع الشرعي يمثل استثناء منها.

---

(١) حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي للدكتور محمد خليفة ص١٣، نظرية الدفاع الشرعي للدكتور يوسف قاسم ص٢٠.

المَنْهَجُ الثَّانِي: يقول: إِنَّ هَذَا مَوْضُوعٌ كبِيرٌ، يُمْكنُ تَقْسِيمُهُ إِلَى مَوَاضِيعَ مُخْتَلِفَةٍ، كلُّ مَوْضُوعٍ يُمَثِّلُ نَظَرِيَّةً مُسْتَقِلَّةً، تَقَدَّمَ مَعَنَا بَعْضُ أَجْزَاءِ هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ.

المَنْهَجُ الثَّالِثُ: يَقُولُ: بِأَنَّ هَذَا مَوْضُوعٌ صَالِحٌ لِأَنْ يَكونَ نَظَرِيَّةً؛ لِاكتِمَالِ أَرْكانِ النَّظَرِيَّةِ فِي هَذَا المَوْضُوعِ.

جهود التَّأليفِ في نظرِيَّةِ الدَّفعِ الشَّرعِيِّ:

نُشِيرُ إِلَى بَعْضِ المُؤَلَّفَاتِ فِي هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ، مِنْ ذَلِك:

كتَابُ «الدِّفَاعِ الشرعي فِي الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ» لِمُحَمَّد المحيذيف.

وَ«نَظَرِيَّةُ الدِّفَاعِ الشرعي مُقَارَنَةً بَيْنَ القَانُونِ الفِرنْسِيِّ وَالقَوَانِينِ المِصْرِيَّةِ» لِلدُّكتُورِ حَامِدٍ الشَّرِيفِ.

و«حق الدفاع الشرعي في القانون الجنائي» للدكتور محمد محمود خليفة.

و«حق الدفاع الشخصي – دراسة مقارنة» للدكتور مصعب الهادي بكر.

و«حق الدفاع الشرعي الخاص» للصديق أبو الحسن محمد.

وَ«نَظَرِيَّةُ الدِّفَاعِ فِي الفِقْهِ الجِنَائِيِّ الإِسْلَامِيِّ وَالقَانُونِ الجِنَائِيِّ الوَضْعِيِّ» للدكتور يُوسُفَ قَاسِم.

وَ«الدِّفَاعُ الشرعي فِي ضَوْءِ الفِقْهِ وَالقَضَاءِ» للدكتور عبد الحَمِيدِ الشَّوَارِبِيِّ.

وَ«حَقُّ الدِّفَاعِ الشرعي الخَاصِّ» لِلصِّدِّيقِ أَبِي الحَسَنِ مُحَمَّدٍ.

وَ«الدِّفَاعُ الشرعي فِي الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ» للدكتور محمد سَيِّد عَبْدِ التَّوَّابِ.

وَ«الدِّفَاعُ الشَّرْعِيُّ الخَاصُّ فِي الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ» لِزِيَاد حِمْدَانَ مَحْمُود سَاخِن.

وَ«ضَوَابِطُ الدِّفَاعِ الشرعي الخَاصِّ» لِلدُّكتُورِ عَبْدِ اللهِ بْنِ سُلَيْمَانَ المَطْرُودِيِّ.

أَيْضًا هُنَاكَ كتَابُ «الدِّفَاعِ الشرعي العَامِّ» لِعَلَاءِ الدِّينِ إِبْرَاهِيمَ مَحْمُودِ الشَّرَفِيِّ.

وَهُنَاك كتَابُ «حَالَاتِ الدِّفَاعِ الشرعي» لِعَلِيٍّ عَبْدِ الإِلَهِ طَنْطَاوِيٍّ.

وَهُنَاكَ « العُقُوبَةُ البَدَنِيَّةُ وَعِلَاقَتُهَا بِالدِّفَاعِ الشرعي » لِلدُّكْتُورِ الحُسَيْنِيِّ سُلَيْمَانَ جَادٍ.

وَكِتَابُ « الدِّفَاعِ الشرعي في الشريعة الإسلامية » لِمَحْمُود عَلِيّ سَرْطَاوِيٍّ.

وَكِتَابُ « دَفْعِ الصَّائِلِ وَأَحْكَامِهِ فِي الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ » لِأَمَلِ الدِّبَاسِيِّ.

وَكِتَابُ « النَّظَرِيَّةِ العَامَّةِ لِعُذْرِ تَجَاوُزِ حُدُودِ حَقِّ الدِّفَاعِ الشرعي » وَهُوَ جُزْئِيَّةٌ مِنْ جُزْئِيَّاتِ هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ، لِلدُّكْتُورِ مُحَمَّد نُعَيْم فَرَحَات.

وكتاب « العقوبة البدنية في الفقه الإسلامي وعلاقتها بالدفاع الشرعي للدكتور الحسيني سليمان جاد.

ومن البحوث المنشورة في الموضوع:

بحث « وسائل الدفاع المشروع الخاص عن النفس في الفقه الإسلامي » للدكتور عبدالله بن سليمان المطرودي، نشر في مجلة جامعة الملك فيصل.

بحث « أحكام دفع الصائل في الفقه الإسلامي » للدكتور سامي محمد أبوعرجة، مجلة جامعة الشارقة.

بحث « الدفاع الشرعي وأحكامه في الفقه الإسلامي » للدكتور عبدالله بن سليمان العجلان، مجلة العدل.

وبحث « حالة الدفاع المشروع في القانون اللبناني » لسمير عالية، الموسوعة الجزائية المتخصصة.

وبحث « الدفاع المشروع » لمحمود نجيب حسني، الموسوعة الجزائية المتخصصة.

وبحث « الدفاع المشروع » لفؤاد ظاهر، الموسوعة الجزائية المتخصصة.

الفُرُوقَاتُ بَيْنَ الدِّرَاسَاتِ الفِقْهِيَّةِ وَالدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ حَوْلَ نَظَرِيَّةِ الدِّفَاعِ الشَّرْعِيِّ:

هُنَاكَ العَدِيدُ مِنَ الفُرُوقَاتِ بَيْنَ الدِّرَاسَاتِ الفِقْهِيَّةِ وَالدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ المُتَعَلِّقَةِ بِهَذَا المَوْضُوعِ، وَقَدْ أَشَرْتُ فِي ثَنَايَا كَلَامِي إِلَى أَمْثِلَةٍ لِهَذِهِ الفُرُوقِ؛ وَمِنْ ذَلِكَ:

١- مَا يَتَعَلَّقُ بِالِاخْتِلَافِ؛ فَإِنَّ الفُقَهَاءَ شِبْهُ مُتَّفِقِينَ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِهَذِهِ القَاعِدَةِ، بِخِلَافِ القَانُونِيِّينَ فَبَيْنَهُمْ مِنَ الِاخْتِلَافِ وَالنِّزَاعِ الشَّيْءُ الكَثِيرُ.

٢- أَيْضًا مِنَ الفُرُوقَاتِ: أَنَّ الدِّرَاسَاتِ الشرعية فِي هَذَا البَابِ دِرَاسَاتٌ وَاقِعِيَّةٌ سَبَقَ تَطْبِيقُهَا فِي عُصُورٍ مُخْتَلِفَةٍ مُتَعَدِّدَةٍ، بِخِلَافِ الدِّرَاسَاتِ القَانُونِيَّةِ فَإِنَّهَا فِي الغَالِبِ مَبْنِيَّةٌ عَلَى أُمُورٍ نَظَرِيَّةٍ.

٣- الأَمْرُ الآخَرُ: أَنَّ الدِّفَاعَ الشرعي الدَّوْلِيَّ عِنْدَ الفُقَهَاءِ مُرَاعًى وَمَضْبُوطٌ بِضَوَابِطَ وشروط، بِخِلَافِهِ عِنْدَ القَانُونِيِّينَ؛ بَلْ نَجِدُ فِي المُؤَسَّسَاتِ القَانُونِيَّةِ -وَبَعْضُهَا دَوْلِيٌّ- مَنْ يُؤَصِّلُ الِاعْتِدَاءَ، وَيَجْعَلُهُ مشروعاً، وَتُشَاهِدُونَ أَنْوَاعًا مِنَ الِاعْتِدَاءَاتِ عَلَى دُوَلٍ وَمُؤَسَّسَاتٍ وَجَمَاعَاتٍ وَأَفْرَادٍ، وَهُنَاكَ تَدَخُّلٌ مِنْ دُوَلٍ فِي دُوَلٍ أُخْرَى عَلَى سَبِيلِ الِاعْتِدَاءِ(١).

٤- أَيْضًا يُلَاحَظُ أَنَّ الفُقَهَاءَ اعْتَنَوْا بِالتَّقْسِيمِ الَّذِي تَتَرَتَّبُ عَلَيْهِ أَحْكَامٌ فِقْهِيَّةٌ؛ وَلِذَلِك فَهُمْ يَجْعَلُونَ لِكُلِّ جُزْءٍ مِنْ جُزْئِيَّاتِ هَذِهِ القَاعِدَةِ أَحْكَامًا تُنَاسِبُهَا، بِخِلَافِ القَانُونِيِّينَ فَإِنَّ كلَامَهُمْ فِي الجُمْلَةِ يُعْطِي حُكْمًا وَاحِدًا.

٥- هَكَذَا أَيْضًا تُلَاحِظُونَ أَنَّ فُقَهَاءَ الشريعة اعْتَنَوْا بِبَيَانِ ضَوَابِطِ هَذِهِ القَاعِدَةِ، والشروط الَّتِي لَا بُدَّ مِنْ تَوَفُّرِهَا مِنْ أَجْلِ عَدَمِ المُؤَاخَذَةِ القَضَائِيَّةِ لِمَنِ اسْتَعْمَلَ حَقَّ الدِّفَاعِ الشرعي.

يَبْقَى هُنَا مَسْأَلَةٌ: وَهِيَ مَسْأَلَةُ: أَنَّ دفْعَ الصَّائِلِ لَا يَكفِي حُجَّةً فِي تَرْك عُقُوبَةِ الدَّافِعِ إِلَّا عِنْدَ إِقَامَتِهِ لِلْبَيِّنَةِ؛ كَمَا لَوْ قِيلَ لَهُ: لِمَ قَتَلْتَ فُلَانًا ؟ قَالَ: أَتَانِي يُرِيدُ قَتْلِي فَقَتَلْتُهُ. فَإِنَّ هَذِهِ

---

(١) النظرية المعاصرة للحياد للدكتورة عائشة راتب ص٢٥٧، العلاقات الدولية للدكتور وهبة الزحيلي ص١٦، الأمم المتحدة والمنظمات الإقليمية للدكتور محمد السعيد الدقاق ص٤٤.

الدَّعْوَى لَا تُقْبَلُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ ، وَعِنْدَ عُلَمَاءِ الشريعة أَنَّ الدَّافِعَ يجب عَلَيْهِ إِقَامَةُ البَيِّنَةِ[1] .

كما تُلَاحِظُونَ كثيراً من أَنَّ كثيراً من جُزْئِيَّاتِ هَذِهِ القَاعِدَةِ لَا بُدَّ أَنْ يَنْظُرَ فِيهَا أَهْلُ القَضَاءِ؛ إِذْ إِنَّ فِيهَا مِنَ الأُمُورِ المُتَرَتِّبَةِ عَلَيْهَا مَا يجعل الفَصْلَ فِيهَا لِلْقَضَاءِ ، ثُمَّ إِنَّ مَسَائِلَ الخُصُومَاتِ وَالنِّزَاعِ لَا يُمْكِنُ أَنْ يَتَكَلَّمَ فِيهَا المُفْتِي بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَسْمَعُ مِنْ طَرَفٍ وَاحِدٍ .

ثُمَّ إِنَّ الاجْتِهَادَ المُتَعَبَّدَ بِهِ فِي مَسَائِلِ الخُصُومَاتِ اجْتِهَادُ أَصْحَابِ الوِلَايَةِ القَضَائِيَّةِ ، أَمَّا المُفْتِي فَلَيْسَ لَهُ وِلَايَةٌ قَضَائِيَّةٌ فِي هَذَا البَابِ .

* * * * *

---

(١) نظرية الدفاع الشرعي ليوسف قاسم ص٢٣٧ ، الفقه الإسلامي للزحيلي ٥٩٨/٦ ، وانظر: المغني ٣٣٣/٨ .

الفصل العاشر
نَظَرِيَّةُ الضَّمَانِ

تعْرِيفُ الضَّمَانِ:

أوَّلاً: التَّعْرِيفُ اللُّغَوِيُّ:

الضَّمَانُ فِي اللُّغَةِ يُطْلَقُ وَيُرَادُ بِهِ: التَّحَمُّلُ، وَالكفَالَةُ، وَالالْتِزَامُ، وَالمَسْؤولِيَّةُ(١).

ثانيًا: التَّعْرِيفُ الفِقْهِيُّ:

وَأَمَّا عَنْ مَفْهُومِهِ فِي الاصْطِلَاحِ فَإِنَّ البَاحِثِينَ يَخْتَلِفُونَ فِيهِ:

١- فَمِنْهُمْ مَنْ يَرَى أَنَّ الضَّمَانَ هُوَ التَّعَهُّدُ بِسَدَادِ الحَقِّ المَالِيِّ الوَاجِبِ عَلَى الآخَرِينَ، وَمِنْ ثَمَّ فَهُمْ يَحْصُرُونَهُ فِي الضَّمَانِ المَالِيِّ الَّذِي يَكُونُ بِالْتِزَامٍ مُسْبَقٍ. وَهَذَا هُوَ رَأْيُ فُقَهَاءِ الحَنَابِلَةِ وَطَوَائِفَ(٢).

٢- وَمِنْهُمْ مَنْ يُوَسِّعُ مَفْهُومَ الضَّمَانِ فَيَجْعَلُهُ يَشْمَلُ الالْتِزَامَ بِسَدَادِ الحُقُوقِ الوَاجِبَةِ عَلَى الآخَرِينَ، وَيَشْمَلُ أَيْضًا الالْتِزَامَ بِإِحْضَارِ أَبْدَانِ الآخَرِينَ(٣)، الَّذِي يُسَمِّيهِ أَهْلُ الصِّنْفِ الأَوَّلِ: كفَالَةٌ، إذن هُنَاكَ مَنْ يَرَى أَنَّ الضَّمَانَ يَشْمَلُ الكفَالَةَ البَدَنِيَّةَ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ: بِأَنَّ الضَّمَانَ يَتَعَلَّقُ بِالمَالِ، وَالكفَالَةَ تَخْتَصُّ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِالأَبْدَانِ.

٣- وَهُنَاكَ مَنْهَجٌ ثَالِثٌ يُوَسِّعُ فِي مَفْهُومِ الضَّمَانِ وَيُدْخِلُ فِيهِ: التَّعْوِيضَ، وَضَمَانَ المُتْلَفَاتِ؛ وَمِنْ هُنَا يَقُولُ بَعْضُهُمْ فِي تَعْرِيفِ الضَّمَانِ: هُوَ وَاجِبُ رَدِّ بَدَلِ الشَّيْءِ بِالمِثْلِ أَوِ القِيمَةِ(٤).

---

(١) لسان العرب ٨/٨٩ (ضمن)، القاموس المحيط ٢/١٢١٢.

(٢) مطالب أولى النهى ٣/٣١٣، الكافي ٢/٢٢٧، المبدع ٤/٢٤٨، كشاف القناع ٣/٣٦٢، وانظر: المدخل الفقهي للزرقاء ص١٠١٧، ونظرية الضمان للزحيلي ص١٥.

(٣) حاشية القليوبي ٢/٣٢٣، مغني المحتاج ٢/١٩٨.

(٤) الوجيز للغزالي ١/٢٠٨، وانظر: غمز عيون البصائر للحموي ٤/٦، نظرية الضمان للزحيلي ص١٥.

ثالثًا: مَفْهُومُ الضَّمَانِ عِنْدَ القَانُونِيِّينَ:

أَمَّا عِنْدَ القَانُونِيِّينَ فَإِنَّهُمْ يُوَسِّعُونَ فِي مَفْهُومِ الضَّمَانِ؛ فَيَجْعَلُونَهُ أَيْضًا يَشْمَلُ الرَّهْنَ، بَلْ بَعْضُهُمْ يَجْعَلُهُ يَشْمَلُ الحَوَالَةَ، وَيُعَرِّفُونَ الضَّمَانَ: بِأَنَّهُ الالْتِزَامُ بِتَعْوِيضِ المُتَضَرِّرِ؛ لِقَاءَ مَا أَصَابَهُ مِنِ اعْتِدَاءٍ أَوْ ضَرَرٍ؛ سَوَاءٌ كَانَ بِعَقْدٍ، أَوْ بِدُونِهِ.

وَقَدْ يَسْتَخْدِمُونَ لَفْظَةً أُخْرَى تُرَادِفُ لَفْظَةَ الضَّمَانِ، أَلَا وَهِيَ: (المَسْئُولِيَّةُ)، أَوْ يَقُولُونَ: (المَسْئُولِيَّةُ القَانُونِيَّةُ عَنِ الفِعْلِ الضَّارِّ)(١).

وَقَاعِدَةُ الضَّمَانِ قَاعِدَةٌ مُهِمَّةٌ فِي الشريعة؛ وَلِذَلِك بُنِيَتْ عَلَيْهَا الكثِيرُ مِنَ المَسَائِلِ الفِقْهِيَّةِ فِي العَدِيدِ مِنَ الأَبْوَابِ، وَيَدُلُّك عَلَى أَهَمِّيَّةِ هَذِهِ القَاعِدَةِ كَثْرَةُ النِّزَاعِ بَيْنَ المُتَخَاصِمِينَ النَّاشِئِ مِنْ أَحْكَامِ الضَّمَانِ، وَيَدُلُّك عَلَى هَذَا أَيْضًا أَنَّ كلَّ رَاغِبٍ فِي إِبْرَاءِ ذِمَّتِهِ وَإِرْضَاءِ رَبِّهِ يُحَاوِلُ أَنْ يَسْتَقْصِيَ أَحْكَامَ الضَّمَانَ؛ لِئَلَّا يَلْحَقَهُ شَيْءٌ مِنَ المَأْثَمِ.

وَيَتَرَتَّبُ عَلَى هَذِهِ القَاعِدَةِ -مَتَى قَامَ النَّاسُ فِيهَا عَلَى الأُسُسِ الشرعية-: أَنْ يَثِقَ بَعْضُهُمْ فِي بَعْضِهِمُ الآخِرِ، وَيَطْمَئِنُّوا لِلتَّعَامُلِ مَعَ بَعْضِهِمْ.

أنواعُ الضَّمَانِ:

كمَا تَقَدَّمَ أَنَّ المَفَاهِيمَ فِي الضَّمَانِ مُتَفَاوِتَةٌ، وَمِنْ هُنَا نَشَأَتْ عِنْدَ الحُقُوقِيِّينَ تَقْسِيمَاتٌ كثِيرَةٌ لِلضَّمَانِ؛ لِأَنَّهُمْ أَصْلًا يُوَسِّعُونَ فِي مَفْهُومِهِ، وَمِنْ هُنَا قَسَّمُوا الضَّمَانَ إِلَى(٢):

النَّوْع الأوّل: الضَّمَان العينِيّ:

بِأَنْ يَكونَ هُنَاك عَيْنٌ تَضْمَنُ حَقَّك إِذَا خَشِيتَ مِنْ فَوَاتِهِ، وَهَذَا الَّذِي يُسَمِّيهِ عُلَمَاءُ الشريعة: الرَّهْنَ، وَهَذَا النَّوْعُ مَشْرُوعٌ فِي الشريعة، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ نُصُوصٌ كثِيرَةٌ، مِنْهَا: قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾(٣). وَفِي الحَدِيثِ: (أَنَّ

---

(١) الضمان الشخصي والعيني (الكفالة) للدكتور بهاء الدين العلايلي ص٢٩.

(٢) الضمان الشخصي والعيني للعلايلي ص٢٩، الضمان في الفقه الإسلامي لمحمد أبوزيد ص٢٢.

(٣) سورة البقرة، الآية [٢٨٣].

النَّبيَّ ﷺ مَاتَ وَدِرْعُهُ مَرْهُونَةٌ عِنْدَ يَهُودِيٍّ)(١).

وَالنَّوْعُ الثَّانِي: الضَّمَانُ الشَّخْصِيُّ (الاحتياطي):

وَيَدْخُلُ فِيهِ مَا يَتَعَلَّقُ بِعُقُودِ الضَّمانِ وَالكفالَةِ الَّتِي قَدْ وَرَدَ فِي النُّصُوصِ بِمَشْرُوعِيَّةِ الضَّمانِ فِيهَا؛ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿**قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِۦ زَعِيمٌ**﴾(٢). وَمَا وَرَدَ فِي الحَدِيثِ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: **(الزَّعِيمُ غَارِمٌ)**(٣).

وَيَدْخُلُ فِي الضَّمانِ الشَّخْصِيِّ أَيْضًا: مَا يَتَعَلَّقُ بِالتَّعْوِيضَاتِ الَّتِي ثَبَتَتْ فِي الشريعة، فِي أَدِلَّة مُتَعَدِّدَةٍ؛ مِنْهَا: قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿**فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ**﴾(٤).

وَمِنْهَا: مَا وَرَد أَنَّ بَعْضَ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ أَهْدَتْ إِلَيْهِ طَعَامًا فِي صَحْفَةٍ فِي لَيْلَةِ غَيْرِهَا، فَغَارَتِ الأُخْرَى فَدَفَعَتِ الإِنَاءَ فَكَسَرَتْهُ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: **(إِنَاءٌ بِإِنَاءٍ وَطَعَامٌ بِطَعَامٍ)**(٥)، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: **(عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ)**(٦).

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب السلم- باب الكفيل في السلم (٢٢٥١)، ومسلم في كتاب المساقاة- باب الرهن وجوازه في الحضر كالسفر (١٦٠٣).

(٢) سورة يوسف، الآية [٧٢].

(٣) أخرجه أحمد في «مسنده» (٥/٢٦٧)، وأبو داود في كتاب البيوع- باب في تضمين العور (٣٥٦٥)، والترمذي في كتاب البيوع- باب ما جاء في أن العارية مؤداة (١٢٦٥)، وابن ماجه في كتاب الأحكام- باب الكفالة (٢٤٠٥)، وصححه الألباني في «صحيح الجامع» (٤١١٦).

(٤) سورة البقرة، الآية [١٩٤]، ومثلها: سورة النحل، الآية [١٢٦]، سورة الشعراء الآية [٤٠].

(٥) أخرجه أحمد في «مسنده» (٣/١٠٥)، والترمذي في كتاب الأحكام- باب ما جاء فيمن يكسر له الشيء، ما يحكم له من مال الكاسر؟ (١٣٥٩)، من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه، وصححه الألباني في «صحيح الترمذي».

(٦) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع- باب في تضمين العور (٣٥٦١)، والترمذي في كتاب البيوع- باب ما جاء في أن العارية مؤداة (١٢٦٦)، وابن ماجه في كتاب الأحكام- باب العارية (٢٤٠٠)، وضعفه الألباني في «ضعيف الجامع» (٣٧٣٧)، وقال: «ضعيف».

صلة الضمان بالمسؤولية المالية:

المسؤولية المالية على أنواع:

منها المسؤولية الناتجة عن التزام وتعهد، ويقابلها عند القانونيين المسؤولية العقدية الناشئة عن عقد.

ومنها المسؤولية التقصيرية وهي الناشئة عن فعل غير مأذون فيه، وهنا يجب التعويض الذي يدخله أكثر الفقهاء في اسم الضمان.

ومنها وهناك مسؤولية جنائية ومسؤولية أدبية.

تَقْسِيمَاتُ الضَّمَانِ:

هُنَاكَ تَقْسِيمَاتٌ عَدِيدَةٌ لِلضمَانِ، مِنْهَا:

١- تَقْسِيمَهُ بِاعْتِبَارِ مَا يَدْخُلُ فِيهِ مِنَ الحُقُوقِ؛ حَيْثُ يَنْقَسِمُ إِلَى ضَمَانٍ عَامٍّ لِجَمِيعِ الحُقُوقِ، كَمَا لَو قَالَ: أَنَا ضَامِنٌ لِجَمِيعِ الحُقُوقِ وَالدُّيُونِ الَّتِي عَلَى زَيْدٍ. وَهُنَاكَ ضَمَانٌ خَاصٌّ مُتَعَلِّقٌ بِحَقٍّ وَاحِدٍ مَعْلُومٍ. والْتِزَامُ الإِنْسَانِ بِسَدَادِ مَا عَلَى نَفْسِهِ مِنَ الدُّيُونِ وَالالْتِزَامَاتِ هَذَا يُسَمَّى ضَمَانًا عَامًّا.

٢- كذَلِك هُنَاك ضَمَانٌ مُعَلَّقٌ عَلَى سَبَبٍ، وَهُنَاك ضَمَانٌ مُطْلَقٌ.

٤- أَيْضًا هُنَاك ضَمَانٌ مُنْضَبِطٌ مُحَدَّدٌ بالشرع، قَدْ يُمَثِّلُونَ لَهُ بِالكَفَّارَاتِ؛ لِأَنَّ الكفَّارَاتِ عَلَى طَرِيقَةِ الحُقُوقِيِّينَ مِنْ أَنْوَاعِ الضمَانِ، قَالُوا: لِأَنَّهَا الْتِزَامٌ وَاجِبٌ عَلَى الإِنْسَانِ، فَبِالتَّالِي نُسَمِّيهِ ضَمَانًا.

وَهُنَاك ضَمَانٌ غَيْرُ مُنْضَبِطٍ يُوكَلُ إِلَى المُجْتَهِدِينَ تَقْدِيرُهُ وَتَحْدِيدُهُ.

٥- كَمَا أَنَّ هُنَاك ضَمَانًا مُسْتَقِرًّا؛ كَمَا لَوْ أَتْلَفَ شَخْصٌ مَالَ شَخْصٍ، لا يحق له تملكه ولا الرجوع فيه، حِينَئِذٍ عَلَى المُتْلِفِ الضَّمَانُ، وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ. بِخِلَافِ الضمان المتحول وهو ما يتمكن فيه من وجب عليه الضمان من الرجوع مما ضمنه على آخر، ومن ذلك: مَا إِذَا اسْتَعَارَ إِنْسَانٌ مِنْ آخرَ عَارِيَةً فَسُرِقَتْ مِنْهُ بِتَفْرِيطٍ مِنْهُ، فَحِينَئِذٍ المَالِك يَعُودُ عَلَى المُسْتَعِيرِ

وَيُطَالِبُهُ بِالضَّمَانِ ، وَالْمُسْتَعِيرُ يَعُودُ عَلَى الغَاصِبِ وَيُطَالِبُهُ بِالضَّمَانِ ، فَهَذَا يُقَالُ لَهُ : ضَمَانٌ مُتَحَوِّلٌ ؛ فَالأَوَّلُ مُسْتَقِرٌّ أَيْ يَسْتَقِرُّ عَلَى شَخْصٍ وَاحِدٍ وَلَا يَتَحَوَّلُ مِنْ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ .

٦ - كما يمكن تقسيم الضمان إلى كلي فيما إذا كان الإتلاف لجميع المضمون ، فإنه يجب ضمان كل المتلف ، ومثله ما لو بقي من المتلف ما لا قيمه له كما لو أتلف بيض دجاج ، فإن الباقي من قشرة البيض لا ينتفع بها ، فيجب ضمانه كلياً .

وإلى ضمان جزئي بحيث يدفع الضامن ما نقص بسبب الإتلاف أو الغصب عند ما يبقى من المتلف ما يمكن الانتفاع به ، بحيث تقوّم السلعة قبل تلفها ، ثم تعرف قيمتها بعد إتلاف جزئها ، ويُعطى المالك ما بين القيمتين ؛ كما في قاعدة « ما ضُمن كله ، ضمن جزؤه بالأرش »(١) .

أَسْبَابُ الضَّمَانِ:

أَسْبَابُ الضَّمَانِ مُتَعَدِّدَةٌ ، وَلِلْعُلَمَاءِ فِيهَا اصْطِلَاحَاتٌ مُخْتَلِفَةٌ ؛ مِنْ أَشْهَرِ هَذِهِ الاصْطِلَاحَاتِ إِعَادَةُ الضَّمَانِ إِلَى ثَلَاثَةِ أُمُورٍ(٢) :

الأَمْرُ الأَوَّلُ: الضَّمَانُ النَّاشِئُ عَنِ العَقْدِ ، كَمَا فِي عَقْدِ الضَّمَانِ ؛ فَإِنَّهُ ضَمُّ ذِمَّةٍ إِلَى أُخْرَى فِي سَدَادِ الحَقِّ .

وَ الأَمْرُ الثَّانِي: الإِتْلَافُ ؛ فَإِنَّ مَنْ أَتْلَفَ مَالًا لِغَيْرِهِ بغير حق وَجَبَ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ ، فلا ضمان في إتلاف بحق أو لما ليس مالاً .

وَالأَمْرُ الثَّالِثُ: اليَدُ ، وَبَعْضُهُمْ يَقُولُ : اليَدُ العَادِيَةُ ، أَوِ اليَدُ غَيْرُ الْمُؤْتَمَنَةِ . فَلَوْ قُدِّرَ أَنَّ إِنْسَانًا غَصَبَ مِنْ آخَرَ سَيَّارَةً ، فَجَاءَتْ صَاعِقَةٌ فَأَحْرَقَتْهَا ، قُلْنَا : يَجِبُ عَلَى الغَاصِبِ

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد ٢/٣١٣ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٢٧٧ .

(٢) قواعد ابن رجب (القاعدة ٨٩) ص٢١٨ ، وانظر : قواعد الأحكام للعز بن عبدالسلام ٢/١٣١ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٣٩٠ ، الفروق للقرافي ٤/٢٧ .

الضَّمانُ. قَالَ الغَاصِبُ: لَمْ أُتْلِفْهَا أَنَا، وَلَمْ أُفَرِّطْ وَلَمْ أَتَعَدَّ، وَلَيْس هُنَاك عَقْدٌ يَلْزَمُنِي بِالضَّمانِ. نَقُولُ: هُنَاك سَبَبٌ آخَرُ مِنْ أَسْبَابِ الضَّمانِ هُوَ اليَدُ العَادِيَّةُ، فَوَجَبَ عَلَيْك ضَمَانُهُ، وبذا نعلم أن اليد الحكمية غير المالكة على نوعين:

النوع الأول: يد أمانة: وهي حيازة المال نيابة لا ملكاً، مثل يد المودع والمستعير والمستأجر، ويكون القبض فيها لمصلحة المالك، فهؤلاء لا يجب عليهم الضمان في الإتلاف إلا في حالة التعدي أو التفريط.

النوع الثاني: يد الضمان: وهي ما كان القبض فيها لغير مصلحة المالك، ويد الضمان يجب عليها ضمان المتلف في كل حال.

وَهُنَاك مَنْ يُقَسِّمُهَا إِلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ: يَقُولُ: اليَدُ، وَالشَّرْطُ، وَيُدْخِلُ فِي الشَّرْطِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالعُقُودِ وَالالْتِزَامَاتِ؛ أَخْذًا مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾(١).

وَيُقَسِّمُ بَعْضُهُمْ أسباب الإِتْلَافِ إِلَى قِسْمَيْنِ: مُبَاشَرَةٍ، وَتَسَبُّبٍ.

إِذَنْ عِنْدَنَا المَنْهَجُ الأَوَّلُ يَقُولُ: بِأَنَّ أَسْبَابَ الضَّمانِ ثَلَاثَةٌ:

السبب الأول: العَقْدُ: وَبَعْضُهُمْ يَقُولُ: الشرط، وَبَعْضُهُمْ يَقُولُ الالْتِزَامُ. وَمِنْ أَمْثِلَةِ العَقْدِ: عَقْدُ الكفَالَةِ، وَعَقْدُ الضَّمانِ، وَمِنَ الأَدِلَّةِ عَلَى أَنَّ هَذَا مِنْ أَسْبَابِ الضَّمانِ قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾.

وَالسَّبَبُ الثَّانِي: اليَدُ: فَإِنَّ اليَدَ العَادِيَّةَ غَيْرُ مُؤْتَمَنَةٍ، يجب عَلَى صَاحِبِهَا الضَّمانُ، حَتَّى وَلَوْ لَمْ يَكنْ هُنَاك تَفْرِيطٌ وَلَا تَعَدٍّ، لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: **(عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ)**.

(١) سورة المائدة، الآية [١].

وَلِقَوْلِهِ: (لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ)[١].

السَّبَبُ الثَّالِثُ: الإِتْلَافُ: وَبَعْضُهُمْ يُقَسِّمُهُ إِلَى قِسْمَيْنِ: مُبَاشَرَةٌ، وَتَسَبُّبٌ، وَبَعْضُهُمْ يُسَمِّيهِ: الفِعْلَ الضَّارَّ.

سُؤَالٌ: مُوجِبَاتُ الكفَّارَاتِ أَوْ خِصَالُ الكفَّارَةِ هَذِهِ فِيهَا الْتِزَامٌ، وَعَلَى طَرِيقَةِ الحُقُوقِيِّينَ يَجْعَلُونَهَا مِنْ أَنْوَاعِ الضَّمَانِ، فَمِنْ أَيِّ الأَقْسَامِ الثَّلَاثَةِ أَوِ الأَسْبَابِ الثَّلَاثَةِ ؟

بَعْضُهُمْ يَجْعَلُ هذا سَبَبًا رَابِعًا يُسَمِّيهِ إِلْزَامَ الشَّارِعِ، بَعْضُهُمْ يَقُولُ: هَذَا نُلْحِقُهُ بِالإِتْلَافِ؛ لِأَنَّهُ نَاشِئٌ مِنْ فِعْلِ المُكَلَّفِ.

مِثْلُهُ أَيْضًا: دِيَةُ الخَطَأِ، يَجِبُ عَلَى العَاقِلَةِ سَدَادُ الدِّيَةِ، مِنْ أَيِّ الأَقْسَامِ: هَلْ هُوَ بِإِلْزَامِ الشرع مُجَرَّدًا، أَوْ نَقُولُ بِأَنَّ سَبَبَهُ الإِتْلَافُ ؟ قَالَ العَاقِلَةُ: نَحْنُ مَا أَتْلَفْنَا شَيْئًا. نَقُولُ: أَتْلَفَ قَرِيبُكُمْ، وَقَدْ جَاءَتِ الشريعة بِمَشْرُوعِيَّةِ تَضَامُنِكُمْ وَاجْتِمَاعِكُمْ عَلَى سَدَادِ الحُقُوقِ الوَاجِبَةِ عَلَيْكُمْ[٢].

نِهَايَةُ الضَّمَانِ[٣]:

الضَّمَانُ قَدْ يَنْتَهِي بِالإِبْرَاءِ؛ كَمَا لَوْ قَالَ صَاحِبُ الحَقِّ: أَبْرَأْتُك يَا أَيُّهَا الضَّامِنُ.

وَقَدْ يَنْتَهِي بِالوَفَاءِ؛ وَفَاءِ صَاحِبِ الحَقِّ، أَوْ بِوَفَاءِ الضَّامِنِ.

---

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الخراج والإمارة والفيء - باب في إحياء الموات (٣٠٧٣)، والترمذي في كتاب الأحكام - باب ما ذكر في إحياء أرض الموات (١٣٧٨)، والنسائي في «سننه الكبرى» (٥٧٦١)، وأبو يعلى في «مسنده» (٩٥٧)، والبزار في «كشف الأستار» (١٢٥٦)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١١٥٥٢)، وضياء الدين المقدسي في «الأحاديث المختارة» (١٠٩٦)، (١٠٩٨).

(٢) نظرية الضمان الشخصي للموسى ص٣٧.

(٣) انظر: العناية ١٠/٨٨، اسنى المطالب ٢/٢٥٠، الشرح الكبير للرافعي ١٠/٣٩٢، إغاثة اللهفان ٢/٣٦، إعلام الموقعين ٣/٤٤٣.

محل الضمان(١)**:**

الضَّمانُ قَدْ يَقَعُ عَلَى الأَعْيَانِ؛ وَمِنْهُ ضمان المتلفات، وضمانُ الدَّرَك، والمُرَادُ بِهِ أَنْ يَضْمَنَ شَخْصٌ أَنَّ العَيْنَ المُبَاعَةَ مَمْلُوكةٌ لِلْبَائِعِ؛ وَأَنَّهُ مَتَى تَبَيَّنَ أَنَّهَا مَمْلُوكةٌ لِغَيْرِهِ، فَإِنَّ الضَّامِنَ يَقُومُ بِدَفْعِ التَّعْوِيضِ.

النَّوْعُ الثَّانِي مِنَ المَحَالِّ الَّتِي يَقَعُ عَلَيْهَا الضَّمانُ: المَنَافِعُ: فَإِنَّ المَنْفَعَةَ مَضْمُونَةٌ. وَمِنْ أَمْثِلَةِ ذَلِكَ: سُكنَى الدَّارِ، وبذلك قال الجمهور خلافاً للحنفية(٢).

النوع الثالث: فِي الزَّوَائِدُ الَّتِي تكونُ فِي العَيْنِ المَضْمُونَةِ؛ فَإِنَّ مَا تَوَلَّدَ عَنِ المَضْمُونِ مَضْمُونٌ، مِثْلُ نتاج الشَّاةِ. وَنَضْرِبُ لِهَذَا بِمِثَالٍ: لَوْ أَنَّ غَاصِبًا غَصَبَ شاة، وَبَعْدَ سَنَةٍ تَلِفَ المغصوب أَوْ لَحِقَهُ نَقْصٌ، وَكانَتِ الشَّاةُ قَدْ جَاءَتْ بِوَلَدٍ(٣)، فَحِينَئِذٍ نَقُولُ: مَاذَا يَجِبُ عَلَى الغَاصِبِ؟ نَقُولُ: يَجِبُ عَلَيْهِ أُمُورٌ:

الأَمْرُ الأَوَّلُ: عَلَيْهِ أَنْ يَقُومَ بِإِرْجَاعِ العَيْنِ المَغْصُوبَةِ إِلَى المَغْصُوبِ مِنْهُ، ورَدُّ المَغْصُوبِ مِنَ الوَاجِبَاتِ.

الأمر الثاني: ضَمانُ التَّلَفِ الحَاصِلِ، وَكلُّ نَقْصٍ حَصَلَ فِي العَيْنِ المَغْصُوبَةِ فَعَلَى الغَاصِبِ أَنْ يُعَوِّض عَنْهُ، حَتَّى وَلَوْ كانَتْ تِلْك الزِّيَادَةُ الَّتِي فَاتَتْ فِي العَيْنِ المَغْصُوبَةِ إِنَّما حَدَثَتْ عِنْدَ الغَاصِبِ، ولَوْ قَامَ بِإِطْعَامِهَا طَعَامًا خَاصًّا فَزَادَتْ قِيمَتُهَا، ثُمَّ نَقَصَتْ بَعْدَ ذَلِك، قُلْنَا: عَلَى الغَاصِبِ ضَمانُ هَذِهِ الصِّفَةِ(٤).

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢٣٨/٥، حاشية الجمل ٢٧٩/٦، مغني المحتاج ٦٢٦/٢، الفقه الإسلامي وأدلته ٥٦٨/٦، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٢٨/٢٨.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٨٤، الموافقات ١٧/٢.

(٣) شرح المنهاج للمحلي ٣١/٣.

(٤) حاشية القليوبي ٣٩/٣.

الأَمْرُ الثَّالِثُ: عَلَى الغَاصِبِ أَنْ يُعِيدَ العَيْنَ المَغْصُوبَةَ عَلَى مَا كانَتْ عَلَيْهِ؛ وَيُزِيلُ التَّغْيِيرَاتِ وَالإِحْدَاثَاتِ الَّتِي كانَتْ فِي العَيْنِ المَغْصُوبَةِ.

الأَمْرُ الرَّابِعُ: عَلَيْهِ دَفْعُ العِوَضِ عَنِ المَنَافِعِ المُتَعَلِّقَةِ بِالعَيْنِ المَغْصُوبَةِ، لَمَّا غَصَبَ الجَمَلَ قَالَ المغصوب منه: أَنَا أُؤَجِّرُ الجَمَلَ -أَجْعَلُهُ لِلأَطْفَالِ يَرْكبُونَ عَلَيْهِ فَيَتَفَرَّجُونَ-، وَالآنَ هَذَا غَاصِبٌ قَدْ حَرَمَنِي مِنْ هَذِهِ الأُجْرَةِ. فَحِينَئِذٍ نَقُولُ: عَلَى الغَاصِبِ أَنْ يُعَوِّضَ صَاحِبَ المِلْك عَنْ هَذِهِ المَنْفَعَةِ.

الأَمْرُ الخامس: عَلَيْهِ أَنْ يَضْمَنَ الزَّوَائِدَ. لَوْ قُدِّرَ أَنَّ هَذِهِ النَّاقَةَ نُتِجَتْ فَجَاءَهَا وَلَدٌ، ثُمَّ إِنَّ الوَلَدَ مَاتَ، قُلْنَا: عَلَى الغَاصِبِ ضَمَانُ نَاتِجِ هَذِهِ النَّاقَةِ.

أَرْكانُ الضَّمَانِ(١):

أَهْلُ الحُقُوقِ يَجْعَلُونَ أَرْكانَ هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ قِسْمَيْنِ: الاعْتِدَاءُ، وَالثَّانِي: الضَّرَرُ الحَاصِلُ بِالاعْتِدَاءِ. وَأَمَّا مَنْ يَرَى أَنَّ الضَّمَانَ مُقْتَصِرٌ عَلَى العَقْدِ -مِثْلِ: عُقُودِ الضَّمَانِ وَالكفالَةِ- فَيَجْعَلُ هُنَاك صِيغَةً، وَهُنَاك عَاقِدَانِ، وَهُنَاك حَقٌّ مَضْمُونٌ.

شُرُوطُ الضَّمَانِ(٢):

هُنَاك عَدَدٌ مِنَ الشُّرُوطِ حَتَّى يَجِبَ الضَّمَانُ:

الشرط الأَوَّلُ: أَهْلِيَّةُ الضَّامِنِ: لو أتلف جملٌ غير مملوك مالاً لم يمكن تضمين الجمل، ويكون ضمان المتلفات في مال الصبي، ولكن لَوْ جَاءَ طِفْلٌ وَقَالَ: أَنَا سَأَضْمَنُ فُلَانًا وَالدَّيْنَ الَّذِي عَلَيْهِ. لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ هَذَا؛ لِعَدَمِ أَهْلِيَّتِهِ.

---

(١) الضمان في الفقه الإسلامي لمحمد أبوزيد ص٢٥، بلغة السالك للصاوي ٢٧٦/٣، شرح الخرشي لخليل ٢٩٧/١٧، الإقناع للشربيني ٣١٣/٢، الإقناع للحجاوي ٢٨٨/١، مطالب أولي النهى ٢٩٥/٣.

(٢) الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري ١٠٠/٣، الإقناع للشربيني ٣١٣/٢، المنهاج للنووي ص١٩٥، حاشية البجيرمي ١٧٤/٨، الإقناع للحجاوي ٢٨٨/١.

الشرط الثَّانِي: أَنْ يَكونَ المَضْمُونُ مُتَقَوَّمًا، بِحَيْثُ تُعْتَبَرُ مَالِيَّتُهُ؛ لَوْ قُدِّرَ أَنَّ شَخْصًا اشْتَرَى مِائَةَ رَطْلِ خَمْرٍ بِأَلْفِ رِيَالٍ، وَسَلَّمَ الأَلْفَ فِي الحَالِ عَلَى أَنْ يَتِمَّ تَسْلِيمُ الخَمْرِ بَعْدَ خَمْسَةِ أَشْهُرٍ، وَجَاءَ شَخْصٌ لِيَضْمَنَ هَذَا الحَقَّ، فَنَقُولُ: هَذَا الضَّمَانُ غَيْرُ صَحِيحٍ؛ لِأَنَّ العَيْنَ المَضْمُونَةَ غَيْرُ مُتَقَوَّمَةٍ فِي الشريعة، أَيْ لَيْسَتْ مَالًا مُعْتَبَرًا، ولذلك فإن من أتلف مالا تعتبره الشريعة مالاً فلا ضمان عليه كالدم والميتة والخنزير لمسلم(١).

الشرط الثَّالِثُ: نَقُولُ: يُشْتَرَطُ أَنَّ المَضْمُونَ قَدْ فَاتَ، أَمَّا إِذَا أَمْكنَ تَصْلِيحَهُ وَإِعَادَتَهُ فَحِينَئِذٍ لَا نُوجِبُ الضَّمَانُ(٢).

الشرط الرَّابِعُ: أَنْ يَكونَ لِلضَّمَانِ فَائِدَةٌ، فَإِنْ لَمْ يَكنْ لَهُ فَائِدَةٌ لَمْ يَجِبْ وَلَمْ يشرع، وبالتالي لا يمضن مال الحربي في دار الحرب(٣).

الشرط الخَامِسُ: أَنْ يَكونَ الضَّرَرُ مُتَحَقِّقًا بِشَكلٍ دَائِمٍ، أَمَّا إِذَا كان يعود، فَإِنَّمَا نُوجِبُ عَلَيْهِ التَّصْلِيح، ولا يجب عليه الضمان.

الشرط السادِسُ: أن يكون هناك رابطة بين التعدي والضرر، ولا يكون هناك منشأ أقرب منه، فإذا اجتمع مباشر للضرر ومتسبب فيه جعل الضمان على المباشر(٤).

مَوَانِعُ إِيجَابِ الضَّمَانِ(٥):

مَوَانِعُ إِيجَابِ الضَّمَانِ أَنْوَاعٌ عَدِيدَةٌ مِنْ أَشْهَرِهَا:

---

(١) مغني المحتاج للشربيني ٢/٢٨٥، المغني ٥/٢٧٦.

(٢) بدائع الصنائع ٧/١٥٥، ويجب الأرش.

(٣) نهاية المحتاج للرملي ٤/١١١.

(٤) قواعد ابن رجب ص٢٨٥، نظرية الضمان الشخصي ص٣٢، ونظرية الضمان للزحيلي ص٥٨.

(٥) انظر مثلاً: المبسوط ٦/٢٢٢، العناية ٨/١٨٠، بدائع الصنائع ٧/١٧٩، نهاية المحتاج ٧/٣٦٤، المغني لابن قدامة ٩/٥٦٨.

الأَوَّل: إِذَا كانَ الإِتْلَافُ بِحَقٍّ؛ كما لَوْ أَذِنَ الشَّارِعُ فِي شَيْءٍ مِنْ أَنْوَاعِ الإِتْلَافَاتِ، فَقَدْ يُمَثَّلُ لَهُ: بِمَا وَرَدَ فِي الحَدِيثِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِإِحْرَاقِ مَتَاعِ مَنْ يَصِيدُ فِي الحَرَمِ. فَإِحْرَاقِ المَتَاعِ هَذَا لَا يجب بِهِ ضَمَانَ. وَمِثْلَهُ أَيْضًا: مَا وَرَدَ فِي الخَبَرِ مِنْ إِتْلَافِ وَإِحْرَاقِ مَتَاعِ الغَالِّ. وَهُوَ الَّذِي يَأْخُذُ مِنَ الغَنِيمَةِ قَبْلَ قِسْمَتِهَا، ومما يدخل في هذا مسائل دفع الصائل.

ثَانِيًا: أَنْ يَكونَ الإِتْلَافُ حَاصِلًا مِمَّنْ يَقَعُ الضَّرَرُ عَلَيْهِ.

ثالثاً: الإذن من صاحب المال بالإتلاف أو بما يؤدي إليه.

المُقَارَنَةُ بَيْنَ أَحْكَامِ هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ وَبعض القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ:

أَوَّلُ ذَلِك: مَا يَتَعَلَّقُ بِالمُبَاشِرِ وَالمُتَسَبِّبِ، إِذَا وُجِدَ مُبَاشِرٌ وَمُتَسَبِّبٌ فَالضَّمَانُ عَلَى المُبَاشِرِ، ما لم يكن معذوراً[(١)].

مِثَالُ ذَلِك: شَخْصٌ حفَرَ حُفْرَةً فِي الطَّرِيقِ، فَجَاءَ شَخْصٌ فَوَقَفَ عَلَى حَافَّةِ هَذِهِ الحُفْرَةِ، فَجَاءَ آخَرُ فَأَلْقَاهُ فِيهَا. فَهُنَا المُلْقِي مُبَاشِرٌ، وَالحَافِرُ لِلْحُفرَةِ هَذَا مُتَسَبِّبٌ، الَّذِي يَجبُ عَلَيْهِ الدِّيَةُ هو المُبَاشِرُ. وَهَذِهِ هِيَ القَاعِدَةُ العَامَّةُ: أَنَّ المُبَاشِرَ مُقَدَّمٌ عَلَى المُتَسَبِّبِ، إِلَّا فِيمَا إِذَا كانَ المُبَاشِرُ مَعْذُورًا فِي المُبَاشَرَةِ، فَحِينَئِذٍ نَقُولُ: يَجِبُ الحُكْمُ عَلَى المُتَسَبِّبِ.

أَوْ يكونُ مِمَّنْ لَا يَلْحَقُهُ أَحْكامُ الضَّمانِ بِفِعْلِهِ، مِثَالُ ذَلِك: قَامَ شَخْصٌ بِإِطْلَاقِ حَيَوَانِ الذِّئْبِ فِي حَدِيقَةِ الحَيَوَانِ، فَأَكَلَ شَخْصًا فَمَاتَ، فَالدِّيَةُ ليست عَلَى الذِّئْبِ؛ مع أنه المُبَاشِرُ؛ لأنه لَا يَلْحَقُ فِعْلَهُ حُكمٌ، وَبِالتَّالِي يَكونُ الحُكمُ عَلَى المُتَسَبِّبِ.

مِثَالٌ آخَرُ: جَاءَك أَضْيَافٌ، فَأَرَدْتَ أَنْ تَذْبَحَ لَهُمْ دَجَاجَةً أَوْ شَاةً، فَذَهَبْتَ إِلَى السُّوقِ مِنْ أَجْلِ اسْتِجْلَابِ هَذِهِ الشَّاةِ، لَمَّا خَرَجْتَ مِنْ بَيْتِك فَإِذَا بِجَارِك عِنْدَهُ شَاةٌ فِي سَيَّارَتِهِ،

---

(١) التحبير شرح التحرير ١٠٦٣/٣، نيل الأوطار ١٣٥/٧، إعلام الموقعين ٧١/٢، المبسوط ٢٧٧/٧، تبيين الحقائق ١٨٧/٥، حاشية قليوبي ١٦٣/٤، الإنصاف ٤٤٣/٩، المبدع ٢٠٠/٣ و٣٣٠/٨.

فَقُلْتَ: هَذَا يُقَصِّرُ عَلَيْنَا العَنَاءَ. فَأَخَذْتَهَا، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِك قُلْتَ: سَآمُرُ السَّائِقَ لِيَذْبَحْهَا. فَذَبَحَهَا، فَقَامَتْ زَوْجَتُهُ بِطَبْخِهَا، وَقَامَ الأَضْيَافُ بِأَكلِهَا، عَلِمَ صَاحِبُ الشَّاةِ، فَذَهَبَ إِلَى جَارِهِ وَطَالَبَهُ بِالضَّمَانِ، فأحاله الجار على الأضياف.

وَالقَاعِدَةُ الشرعية: أَنَّهُ إِذَا اجْتَمَعَ المُتَسَبِّبُ وَالمُبَاشِرُ فَالحُكمُ عَلَى المُبَاشِرِ. وهُوَ الآكلُ -وَهُمُ الأَضْيَافُ- فهل نُطَالِبُهُمْ بِالضَّمَانِ، أَوِ الزَّوْجَةُ الَّتِي طَبَخَتْ، أَوِ السَّائِقُ الَّذِي ذَبَحَ ؟.

نَقُولُ: الحُكمُ هُنَا لَيْسَ عَلَى المُبَاشِرِ؛ فَهَؤُلاءِ كلُّهُمْ لَيْسَ عَلَيْهِمْ ضَمَانٌ، إِنَّمَا الضَّمَانُ عَلَى المُتَسَبِّبِ؛ لِأَنَّ المُبَاشِرَ مَعْذُورٌ فِي مُبَاشَرَتِهِ.

القَاعِدَةُ الثَّانِيَةُ: مَا يَتَعَلَّقُ بِالاضْطِرَارِ وَحَقِّ الغَيْرِ[1]؛ هَلْ إِذَا اضْطُرَّ إِنْسَانٌ إِلَى اسْتِعْمَالِ حَقِّ غَيْرِهِ يَبْطُلُ الضَّمَانُ أَوْ لَا ؟ هَلْ نَقُولُ: إِنَّ الاضْطِرَارُ لَا يُبْطِلُ حَقَّ الغَيْرِ ؟ أَوْ نَقُولُ: الضَّرُورَاتُ تُبِيحُ المَحْظُورَاتِ ؟

نَقُولُ: هَذَا يَنْقَسِمُ إِلَى قِسْمَيْنِ:

القِسْمُ الأَوَّلُ: إِنْ كانَ الاضْطِرَارُ نَاشِئًا مِنْ مِلْك الغَيْرِ، لَمْ يجب الضَّمَانُ، كما لَوْ هَاجَ عَلَيْهِ الجَمَلُ فَخَشِيَ عَلَى نَفْسِهِ مِنْهُ، فَحِينَئِذٍ نَقُولُ: إِذَا قَتَلَهُ لَا ضَمَانَ فِيهِ.

القِسْمُ الثَّانِي: أَنْ يَكونَ الاضْطِرَارُ غَيْرَ نَاشِئٍ مِنْ حَقِّ الغَيْرِ؛ كما لَوْ جَاعَ فَاضْطُرَّ إِلَى ذَبْحِ جمل غَيْرِهِ، وَهُنَا الاضْطِرَارُ مِنَ الجُوعِ لَيْسَ نَاشِئًا مِنْ ملك الغَيْرِ، وهو الجمل وَبِالتَّالِي يَجبُ الضَّمَانُ.

وكما لو أَلْقَى شَخْصٌ بَعْضَ أَمْتِعَةِ السَّفِينَةِ فِي البَحْرِ مِنْ أَجْلِ دَرْءِ الضَّرُورَةِ، فَلَمَّا وَصَلَ إِلَى السَّاحِلِ طَالَبَهُ أَصْحَابُ هَذَا المَتَاعِ بِالضَّمَانِ، هَلْ يَجِبُ الضَّمَانُ لِأَنَّهُ قَدْ أَتْلَفَ مَالَ غَيْرِهِ ؟ أَوْ نَقُولُ: لَا يجب الضَّمَانُ لِأَنَّهُ مُضطَرٌّ إِلَى إِتْلَافِ ذَلِك المَالِ ؟

---

(١) البحر الرائق ٨/٨٥، شرح الزرقاء للقواعد ص١٢٢، وشرحنا على منظومة السعدي ص٦٠ و١٣٤.

نَقُولُ: كما تَقَدَّمَ فِي القَاعِدَةِ السَّابِقَةِ نَنْظُرُ هَلِ الاضْطِرَارُ نَاشِئٌ مِنْ مِلْك الغَيْرِ، فَلَا يجب الضَّمانُ حِينَئِذٍ، أَوْ لَيْسَ نَاشِئًا مِنْهُ ؟

مِثَالُ ذَلِك: وَهُوَ يَسِيرُ فِي السَّفِينَةِ سَقَطَتْ عَلَيْهِ حَقِيبَةٌ كَبِيرَةٌ، فَخَشِيَ عَلَى نَفْسِهِ مِنَ العَطَبِ فَأَلْقَاهَا فِي البَحْرِ، فهنا لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ الاضْطِرَارَ نَشَأَ مِنْ حَقِّ الغَيْرِ، لَكِنْ لَوْ قُدِّرَ أَنَّهُ خَشِيَ عَلَى السَّفِينَةِ مِنَ الغَرَقِ بِسَبَبِ كَثْرَةِ حُمُولَتِهَا فَأَلْقَى بَعْضَ الأَمْتِعَةِ، فَنَقُولُ: لَمْ يَنْشَأْ الاضْطِرَارُ مِنْ ذَلِك المَتَاعِ بِعَيْنِهِ، وَبِالتَّالِي يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمانُ، وَبَعْضُهُمْ يَقُولُ: الضَّمانُ عَلَى المُلْقِي وَحْدَهُ، وَبَعْضُهُمْ يَقُولُ: بَلِ الضَّمانُ عَلَى جَمِيعِ أَهْلِ السَّفِينَةِ؛ لِأَنَّ المُلْقِي لَمْ يُلْقِ لِمَصْلَحَةِ نَفْسِهِ، إِنَّمَا أَلْقَى لِمَصْلَحَةِ الجميع.

أَيْضًا مِنْ أَنْوَاعِ التَّصَرُّفِ فِي مُلْك الغَيْرِ وَتَعَلَّقَ الضَّمانُ بِهِ، وَمِنْ هَذَا: تَصَرُّفَاتُ الفُضُولِيِّ -وَهُوَ الَّذِي يَبِيعُ وَيَشْتَرِي وَهُوَ غَيْرُ مَالِك بِدُونِ إِذْنٍ-؛ فَهَلْ يُوجِبُ هَذَا التَّصَرُّفُ الضَّمانَ ؟

نَقُولُ: نَنْظُرُ إِلَى الإِذْنِ اللَّاحِقِ؛ هَلْ هُوَ مُعْتَبَرٌ أَوْ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ ؟ على خلاف بين الفقهاء[1].

القَاعِدَةُ الرَّابِعَةُ: أَنَّ الخَرَاجَ بِالضَّمانِ، وَالغُنْمَ بِالغُرْمِ[2]: كما وَرَدَ فِي ذَلِك أَحَادِيثُ، مَا مَعْنَى هَذَا الكلامِ ؟

نَقُولُ: إِنَّ العَيْنَ إِذَا كانَتْ مَضْمُونَةً عَلَى إِنْسَانٍ فَإِنَّ الغَلَّةَ النَّاتِجَةَ مِنْهَا تكونُ لَهُ.

---

(١) بدائع الصنائع ٥/١٨٤، بداية المجتهد ٢/١٧١، المجموع ٩/٢٨١، غاية المنتهى ٢/٨، قواعد ابن رجب ص٤١٧، المحلى ٨/٥٠٣.

(٢) الأشباه والنظائر لابن السبكي ٢/٤١ و٢١٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٢٤٤، شرح القواعد للزرقا ص٢٦٦.

مِثَالُ ذَلِك: عَقَدَ عَلَى امْرَأَةٍ، وَاشْتَرَطَتْ عَلَيْهِ أَنَّ عِمَارَتَهُ المُكَوَّنَةَ مِنْ مِائَةٍ وعشرين دَوْرًا تَكونُ مِلْكا لَهَا كمَهْرٍ فِي ذَلِك العَقْدِ، فَوَافَقَ، لَكنَّهُ بَعْدَ سَنَةٍ مَلَّتِ المَرْأَةُ مِنْهُ وَلَمْ تَرْغَبْ فِيهِ، فَطَلَبَتِ الفُرْقَةَ، فطَلَّقَهَا بِطَلَبٍ مِنْهَا، فَحِينَئِذٍ لَيْسَ لَهَا فِي المَهْرِ شَيْءٌ، فَنَقُومُ بِإِعَادَةِ العِمَارَةِ إِلَى مِلْك الزَّوْجِ، والأُجْرَةُ لهذه العِمَارَةِ فِي هَذِهِ المُدَّةِ -مُدَّةَ السَّنَةِ- تَكونُ لِلزَّوْجَةِ؛ لِأَنَّهَا لَوْ تَلِفَتِ العِمَارة فِي هَذِهِ المُدَّةِ لَتَلَفَتْ فِي مِلْكِهَا، فإِذَا كانَ الضَّمَانُ مُسْتَقِرًّا عَلَيْهَا، فَهكَذَا أَيْضًا يَكونُ لَهَا الخَرَاجُ.

مَا الفَرْقُ بَيْنَ البَحْثِ الشرعي الفِقْهِيِّ وَالبَحْثِ الحُقُوقِيِّ وَالقَانُونِيِّ؟ فِي نَظَرِيَّةِ الضَّمَانِ:

نَقُولُ: هُنَاك فُرُوقَاتٌ مُتَعَدِّدَةٌ نُشِيرُ إِلَى نَمَاذِجَ مِنْهَا فَقَطْ:

١- **مِنْهَا مَا يَتَعَلَّقُ بِالمُصْطَلَحَاتِ**، إذ مُصْطَلَحُ الضَّمَانِ عِنْدَ الفُقَهَاءِ يُغَايِرُ مُصْطَلَحَ الضَّمَانِ عِنْدَ الحُقُوقِيِّينَ؛ وَلِذَلِك يجد الإِنْسَانُ مِنَ الصُّوَرِ الَّتِي يُدْخِلُهَا القَانُونِيُّونَ فِي مَفْهُومِ الضَّمَانِ الشَّيْءَ الكثِيرَ، كمَا مَثَّلْنَا بِالرَّهْنِ فإنه يجعلونه مِنْ صُوَرِ الضَّمَانِ.

أَيُّهُمَا أَوْلَى: وَضْعُ كلِّ صُورَةٍ بِاسْمٍ خَاصٍّ؟ أَوْ جَعْلُ الجَمِيعِ يَشْمَلُهَا اسْمٌ وَاحِدٌ؟ الأَوْلَى أَنْ تَسْتَقِلَّ كلُّ صُورَةٍ بِاسْمٍ، خُصُوصًا أَنَّ أَحكامَهَا مُخْتَلِفَةٌ.

والفُقَهَاءُ المُعَاصِرُونَ الَّذِينَ كتَبُوا فِي نَظَرِيَّةِ الضَّمَانِ سَارُوا عَلَى طَرِيقَةِ القَانُونِيِّينَ، وَلَعَلَّ هَذَا مِنْ بَابِ مُخَاطَبَةِ القَوْمِ بِمَا يَعْرِفُونَ، أَوْ مُخَاطَبَةِ القَوْمِ بِاصْطِلَاحَاتِهِمْ.

٢- **أَنَّ الفُقَهَاءَ يجعلون الضَّمَانَ لِلأَمْوَالِ المُحْتَرَمَةِ**، أَمَّا الأَمْوَالُ غَيْرُ المُحْتَرَمَةِ فَإِنَّهُ لَا ضَمَانَ فِيهَا؛ كمَا لَوْ أَتْلَفَ خِنْزِيرًا مَمْلُوكا لِمُسْلِمٍ، نَقُولُ: لَا يجب فِيهِ ضَمَانٌ.

وَقَدْ يَجِبُ فِيهِ التَّعْزِيرُ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ مِنَ الافْتِيَاتِ عَلَى أَصْحَابِ الوِلَايَةِ؛ مِثَالُ ذَلِك: يَسِيرُ فِي الشَّارِعِ فَقَابَلَ رَجُلًا مَعَهُ آلَةُ عزف، فَأَخَذَهَا مِنْهُ وَأَتْلَفَهَا. نَقُولُ: هَذَا لَيْسَ صَاحِبَ وِلَايَةٍ، وَبِالتَّالِي هُوَ لَمْ يَسْتَأْذِنْ، فَاسْتَحَقَّ العُقُوبَةَ التَّعْزِيرِيَّةَ، لَكنْ لَا يجب

لِصَاحِبِ هَذِهِ الآلَةِ شَيْءٌ مِنَ الضَّمَانِ عِنْدَ فُقَهَاءِ الشريعة. أَمَّا عِنْدَ القَانُونِيِّينَ فَيُوجِبُونَ الضَّمَانَ فِي مِثْلِ هَذَا.

٣- **أَنَّ البَحْثَ الفِقْهِيَّ لَا يَقْتَصِرُ عَلَى الحُكمِ القَضَائِيِّ**، وَإِنَّمَا يُخَاطِبُ ضَمَائِرَ النَّاسِ وَيُخَوِّفُهُمْ مِنْ رَبِّ العِزَّةِ وَالجَلَالِ، بِخِلَافِ الخِطَابِ القَانُونِيِّ.

المُؤَلَّفَاتُ فِي نَظَرِيَّةِ الضَّمَانِ:

لَعَلَّنَا نُشِيرُ إِلَى عَدَدٍ مِنَ المُؤَلَّفَاتِ فِي هَذَا البَابِ:

مِنْ فُقَهَاءِ الحَنَفِيَّةِ المُتَقَدِّمِينَ: أَبُو مُحَمَّد غِيَاثُ الدِّينِ غَانِم البَغْدَادِيُّ الحَنَفِيُّ، فَهَذَا الفَقِيهُ قَدْ أَلَّفَ مُؤَلَّفًا سَمَّاهُ: «مجمعُ الضَّمَانَاتِ» تَحَدَّثَ فِيهِ عَنْ أَنْوَاعِ الضَّمَانِ وَأَقْسَامِهِ وَأَحْكَامِهِ، وَإِنْ لَمْ يَسِرْ عَلَى طَرِيقَةِ الحُقُوقِيِّينَ فِي تَقْسِيمَاتِ هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ.

أَيْضًا مِمَّنْ أَلَّفَ: الدُّكتُورُ مُحَمَّد بْنُ إِبْرَاهِيم المُوسَى فِي كتَابِهِ «نَظَرِيَّةُ الضَّمَانِ الشَّخْصِيِّ الكفَالَةُ».

وَالدُّكتُور وَهْبَة الزُّحَيْلِي فِي كتَابِهِ «نَظَرِيَّةُ الضَّمَانِ أَوْ أَحْكَامُ المَسْئُولِيَّةِ المَدَنِيَّةِ والجِنَائِيَّةِ فِي الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ».

كذَلِك مِمَّنْ أَلَّفَ: مُحَمَّد عَبْدُ المُنْعِمِ أَبُو زَيْدٍ فِي كتَابِهِ «الضَّمَانُ فِي الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ وَتَطْبِيقَاتُهُ فِي المَصَارِفِ الإِسْلَامِيَّةِ».

مِمَّنْ أَلَّفَ أَيْضًا: الدُّكتُور بَهَاءُ الدِّينِ العَلَايِلِيُّ أَلَّفَ كتَابَ «الضَّمَانُ الشَّخْصِيُّ وَالعَيْنِيُّ الكفَالَةُ».

كذَلِك مِمَّنْ أَلَّفَ: الشَّيْخُ عَلِيُّ الخَفِيفُ أَلَّفَ كتَابَ «الضَّمَانُ فِي الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ»، وَأَرَادَ بِالعُنْوَانِ هُنَا المُصْطَلَحَ الحُقُوقِيَّ.

«وأحكام الضمان في الجنايات» لماجد القدان.

مِمَّنْ أَلَّفَ أَيْضًا: إِبْرَاهِيمُ فَاضِل الدِّبْوُ أَلَّفَ كتَابَهُ «ضَمَانُ المَنَافِعِ دِرَاسَةٌ مُقَارِنَةٌ فِي الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ وَالقَانُونِ».

كذَلِك: الدُّكتُورُ مُحَمَّد سِرَاج أَلَّف كتَابَ «ضَمَانُ العُدْوَانِ فِي الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ».

الدُّكتُور مُحَمَّد فَوْزِي فَيْضُ اللهِ أَلَّفَ كتَابَ «نَظَرِيَّةُ الضَّمَانِ فِي الفِقْهِ الإِسْلَامِيِّ العَامِّ».

كذَلِك مِمَّنْ أَلَّفَ فِي جُزْئِيَّاتٍ مِنْ هَذِهِ النَّظَرِيَّةِ: الدُّكتُورُ عَبْدُ العَزِيزِ عَبْدُ القَادِرِ؛ حَيْثُ كتَبَ «الالْتِزَامُ العَيْنِيُّ بَيْنَ الشريعة وَالقَانُونِ».

كذَلِك مِمَّنْ أَلَّفَ: الشَّيْخُ مُصْطَفَى الزَّرْقَا فِي كتَابِهِ «الفِعْلُ الضَّارُّ وَالضَّمَانُ فِيهِ».

مِمَّنْ أَلَّفَ أَيْضًا: الدُّكتُورُ السَّيِّدُ عِيد نَايِل أَلَّفَ كتَابَ «أَحْكامُ الضَّمَانِ العَيْنِيِّ وَالشَّخْصِيِّ».

وأخرج بنك التضامن الإسلامي السوداني مذكرة في أحكام الضمان في الفقه والقانون.

* * * * *

الفصل الحادي عشر

نَظَرِيَّةُ الضَّرُورَةِ[1]

حَقِيقَةُ الضَّرُورَةِ:

هُنَاكَ مَنْهَجَانِ فِي حقيقة الضرورة:

المَنْهَجُ الأَوَّلُ: يَقُولُ: الضَّرُورَةُ تَكونُ عِنْدَ خَوْفِ فَوَاتِ النَّفْسِ أَوْ عُضْوٍ مِنَ الأَعْضَاءِ.

وَالمَنْهَجُ الثَّانِي: يَقُولُ: الضَّرُورَةُ مَأْخُوذَةٌ مِنَ الضَّرَرِ؛ فَأَيُّ ضَرَرٍ لَاحِقٍ بالمكلف نُسَمِّيهِ ضَرُورَةً. لَكِنَّنَا لَا نَجْعَلُهُ سَبَبًا لِاسْتِبَاحَةِ المَحْظُورِ، إِلَّا عِنْدَمَا تَكونُ الضَّرُورَةُ أَعْظَمَ مِنَ المَحْظُورِ؛ وَلِذَلِكَ يَقُولُونَ: الضَّرُورَةُ مَا يَلْحَقُ بِفَوْتِهِ ضَرَرٌ وَلَا يَقُومُ غَيْرُهُ مَقَامَهُ. وَلَعَلَّ هَذَا المَنْهَجَ أَرْجَحُ مِنَ الأَوَّلِ لموافقته اللغة.

الأَدِلَّةُ الدَّالَّةُ عَلَى تَأْثِيرِ الضَّرُورَةِ:

يَقُولُ اللهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾[2]، وَقَالَ سُبْحَانَهُ: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾[3]، وَقَالَ سُبْحَانَهُ: ﴿مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعْدِ إِيمَـٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَـٰنِ﴾[4].

---

(١) انظر: نظرية الضرورة الشرعية لوهبة الزحيلي، حقيقة الضرورة الشرعية لمحمد حسين الجيزاني، فقه الضرورة وتطبيقاته لعبدالوهاب أبو سليمان، أثر الضرورة والحاجة في ممارسة الأقليات لصالح الدرويش، أثر الضرورة لأحمد تيجاني، ومثله لسيد السيلي وعمر عبدالعزيز وعثمان عبدالرحيم ومحمد رأفت عثمان ومحمد موفق الغلاييني.

(٢) سورة الأنعام، الآية [١١٩].

(٣) سورة البقرة، الآية [١٧٣].

(٤) سورة النحل، الآية [١٠٦].

شُرُوطُ اسْتِبَاحَةِ المَحْظُورِ بِالضَّرُورَةِ:

وَهَذَا مبحث مُهِمٌّ؛ لِأَنَّ كثِيرًا مِنَ النَّاسِ يَسْتَدِلُّ بِهَذِهِ القَاعِدَةِ بِدُونِ مُلَاحَظَةِ ضَوَابِطِهَا، فَلَا يَكونُ اسْتِدْلَالُهُ صَحِيحًا، بَلْ يَكونُ اسْتِدْلَالًا خَاطِئًا.

مِنْ شُرُوطِ القَاعِدَةِ ما يلي:

الشرط الأول: أَنْ تَكونَ الضَّرُورَةُ أَعْظَمَ مِنَ المَحْظُورِ؛ لَوْ قَالَ لَهُ: اقْتُلْ عشرة، وَإِلَّا قَتَلْنَاك. نَقُولُ هُنَا: المَحْظُورُ أَعْظَمُ مِنَ الضَّرُورَةِ، وَبِالتَّالِي لَا يُسْتَبَاحُ المَحْظُورُ بِهَذِهِ الضَّرُورَةِ.

الشرط الثَّانِي: أَلَّا يُمْكنَ دَفْعُ الضَّرُورَةِ إِلَّا بِارْتِكابِ المَحْظُورِ؛ كما لو قَالَ: حَقِّي عِنْدَ المُوَظَّفِ لَنْ يُعْطِيَنِي إِيَّاهُ إِلَّا بِالرَّشْوَةِ، وَالضَّرُورَاتُ تُبِيحُ المَحْظُورَاتِ. نَقُولُ: يُمْكنُك اسْتِخْلَاصُ حَقِّك بِإِخْبَارِ الجِهَاتِ الأَمْنِيَّةِ الَّتِي تُلَاحِقُ أَهْلَ الرَّشْوَةِ، وَبِالتَّالِي لَا يَحِقُّ لَك أَخْذُ الرَّشْوَةِ.

الشرط الثَّالِثُ: أَنْ تَكونَ الضَّرُورَةُ مُتَحَقِّقَةً، أَمَّا لَوْ كانَتْ مَوْهُومَةً لَمْ يَقُمْ عَلَيْهَا دَلِيلٌ؛ فَإِنَّهُ حِينَئِذٍ لَا يُسْتَبَاحُ المَحْظُورُ بِهَذِهِ الضَّرُورَةِ. كما لو قَالَ: مَاذَا سَتَفْعَلُ بِمُعَامَلَتِك؟ قَالَ سَأَفْعَلُ الرَّشْوَةَ. قَالَ: لِمَ؟ قَالَ: أَسْمَعُ كلَامًا مِنَ النَّاسِ أَنَّ المعاملات لا يتم إنجازها إلا بدفع الرَّشْوَةَ. نَقُولُ: لَا يجوز لك دفع الرشوة.

الشرط الرَّابِعُ: أَلَّا يُسْتَبَاحَ مِنَ المَحْظُورِ إِلَّا بِمِقْدَارِ مَا يَدْفَعُ الضَّرُورَةَ، وَهَذَا يقولون عنه: تُقَدَّرُ الضَّرُورَةُ بِقَدْرِهَا. قَالَ: أَنَا مُضْطَرٌّ إِلَى أَكلِ المَيْتَةِ. قُلْنَا: لَكنَّك أَكلْتَ جملاً كامِلًا، وأنت تَسْتَطِيعُ دَفْعَ الاِضْطِرَارِ بِأَكلِ جُزْءٍ يَسِيرٍ.

هَلْ يَصِحُّ أَنْ تَكشِفَ المَرْأَةُ وَجْهَهَا أَمَامَ الطَّبِيبِ بِدَعْوَى: الضَّرُورَاتُ تُبِيحُ المَحْظُورَاتِ؟ نَقُولُ: لَا بُدَّ مِنْ مُلَاحَظَةِ الشروط السَّابِقَةِ؛ مِنْ تِلْك الشروط مَثَلًا: أَنْ

تَكونَ الضَّرُورَةُ أَعْظَمَ مِنَ المَحْظُورِ، لَوْ كانَ ذَلِك مِنْ أَجْلِ التَّجَمُّلِ، أَوْ كانَ ذَلِك لِأَلَمٍ يَسِيرٍ فِي فَخِذِهَا، لَمْ يَصِحَّ لَهَا أَنْ تكشِفَ عِنْدَ الطَّبِيبِ.

الشرط الخامس: أَلَا يُمْكنُ انْدِفَاعُ الضَّرُورَةِ إِلَّا بِارْتِكابِ المَحْظُورِ، فَإِذَا كانَ هُنَاك طَبِيبَةٌ مُتْقِنَةٌ؛ فَحِينَئِذٍ لَا يَصِحُّ الذَّهَابُ لِلطَّبِيبِ الرَّجُلِ.

الشرط السادس: أَنْ تكونَ الضَّرُورَةُ مُتَحَقِّقَةً غَيْرَ مُتَوَهَّمَةٍ، إذ لَوْ كانَتْ تَتَوَقَّعُ أَنْ تُصَابَ بِالمَرَضِ الفُلَانِيِّ، فَحِينَئِذٍ نَقُولُ: لَا يجوز لَهَا أَنْ تكشِفَ عِنْدَ الطَّبِيبِ. ثُمَّ مِنْ شُرُوطِ هَذَا أَنْ تُقَدَّرَ الضَّرُورَةُ بِقَدْرِهَا؛ فَمَا دَامَ أَنَّهَا تَشْتَكي إِبْهَامَ رِجْلِهَا، فَلَا يَصِحُّ أَنْ تكشِفَ وَجْهَهَا أَمَامَ الطَّبِيبِ.

* * * * *

خاتمة

أَسْأَلُ اللهَ جَلَّ وَعَلَا أَنْ يَرْزُقَكمُ العِلْمَ النَّافِعَ وَالعَمَلَ الصَّالِحَ، وَأَنْ يَجْعَلَكمْ مِنَ الهُدَاةِ المُهْتَدِينَ، كمَا أَسْأَلُهُ سُبْحَانَهُ أَنْ يُعَظِمَ لَكمُ الأَجْرَ وَالثَّوَابَ، وَأَنْ يجعل كلَّ حَرْفٍ سَمِعْتُمُوهُ أو قرأتموه فِي مِيزَانِ حَسَنَاتِكمْ يَوْمَ القِيَامَةِ، كمَا أَسْأَلُهُ سُبْحَانَهُ أَنْ يُصْلِحَ أَحْوَالَ الأُمَّةِ، وَأَنْ يُعِيدَهُمْ إِلَى دِينِهِ عَوْدًا حميداً، وَأَنْ يُوَفِّقَ وُلَاةَ أُمُورِ المُسْلِمِينَ لِلْحُكمِ بِالشريعة وَالعَمَلِ بِالسُّنَّةِ، كمَا أَسْأَلُهُ سُبْحَانَهُ أَنْ يَغْفِرَ لِوَالِدينا وَلِوَالِديكمْ، وَأَنْ يُصْلِحَ أَبْنَاءَنَا وَأَبْنَاءَكمْ.

هَذَا وَاللهُ أَعْلَمُ، وَصَلَّى اللهُ عَلَى نَبِيِّنَا مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ أَجْمَعِينَ.

* * * * *

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضوع **الصفحة**

الفصل الثالث
نظرية الملكية ٧٥-١٠٠

الفصل الرابع
نظرية الحق ١٠١-١٢٤

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

* * * * *